IL
DIRITTO CIVILE ITALIANO

SECONDO LA DOTTRINA E LA GIURISPRUDENZA

ESPOSTO

DAI PROFESSORI

BIANCHI EMILIO — CAPORALI DANTE — COVIELLO NICOLA
CUTURI TORQUATO — FIORE PASQUALE — GABBA C. FRANCESCO
GIANTURCO EMANUELE—LOMONACO GIOVANNI—MIRABELLI GIUSEPPE
POLACCO VITTORIO—SIMONCELLI VINCENZO—SCIALOJA VITTORIO
VENEZIAN GIACOMO — VITALI VITTORE

PER CURA DI

PASQUALE FIORE
Professore Ordinario dell'Università di Napoli

PARTE QUATTORDICESIMA
DELLA PRESCRIZIONE

NAPOLI
EUGENIO MARGHIERI
83, Ott. Galleria Umberto I, p. p.
1901

DELLA PRESCRIZIONE

SECONDO LE LEGGI ITALIANE

PEL CONTE

GIUSEPPE MIRABELLI

Già primo Presidente della Corte di Cassazione di Napoli

VOLUME UNICO

(Secondo tiraggio)

NAPOLI
EUGENIO MARGHIERI
83, Ott. Galleria Umberto I, p. p.
1901

DELLA PRESCRIZIONE

Scrivo della prescrizione qual'è secondo le leggi italiane.

Il Codice italiano non può dirsi una copia del Codice francese. Ne ha migliorato in parte l'ordine e la forma, ha risoluto le questioni di diritto più agitate, e non rade volte ne ha mutato notevolmente la sostanza.

Son noti i trattati di Vazeille, Troplong e Le Roux de Bretagne sulla materia della prescrizione, oltre i numerosi corsi di diritto civile francese, nei quali la prescrizione ha una trattazione sufficiente, e talvolta così larga da farne un volume, come ha praticato il Laurent.

Anche in Italia nei commentari di diritto italiano o di parte di esso se ne tratta con giusta misura, come fa il Ricci ed il Giorgi; ed ultimamente il Pugliese di Alessandria ha pubblicato due volumi « Della prescrizione acquisitiva » « Della prescrizione estintiva », della quale opera ho avuto cognizione da poco.

Il che potrebbe far tornare inutile un nuovo lavoro sulla prescrizione, non potendo essere che una copia di quanto finora si è scritto.

Nondimeno credo, che col metodo, che ho seguito nel lavoro, da lungo tempo preparato ed oggi riletto e corretto, ne possa essere utile la pubblicazione. Ed il metodo è consistito nello

A. Omettere la storia della istituzione, narrata più o meno ampiamente da scrittori antichi e moderni;

B. Esporre con precisione e chiarezza quali sieno i principii del Codice italiano sopra ciascuna parte della materia;

C. Illustrare gli articoli con larghezza dove occorra, e con parsimonia, dove gli altri sono stati larghi; compararli con quelli del Codice francese; e notare le differenze e le ragioni di esse;

D. Esser sobrio nella citazione di autorità di scrittori e di giurisprudenza, avendosi riguardo più a quella della Corte di cassazione di Napoli, perchè da me più conosciuta.

NOZIONI PRELIMINARI

SOMMARIO

1. La perdita di un diritto sulle persone genera necessariàmente il vantaggio altrui, ciò che si verifica anche nella prescrizione: linguaggio generalmente usato — 2. Definizione della prescrizione secondo il Codice civile; comparazione con definizioni di altri Codici; imperfezione delle medesime — 3. Origine storica della imperfezione — 4. Fondamento razionale della prescrizione — 5. A chi è concesso valersi della prescrizione — 6. Tutte le azioni reali e personali si prescrivono col decorso di trent'anni — 7. Legislazione napoletana anteriore al 1809 intorno alla buona fede nelle azioni reali e personali e giurisprudenza della Corte di cassazione di Napoli nell'applicarla ad azioni da quella legislazione dipendenti — 8. La prescrizione si può opporre anche in appello ma non in Corte di cassazione — 9. Si può opporre anche in grado di rinvio — 10. Dopo la cosa giudicata non si ha diritto a proporre la prescrizione, ancorchè vi fossero interessati gl'incapaci di alienare. Diversità di principii col Codice francese — 11. Sino a qual tempo si può proporre la prescrizione contro la rinnovazione dei ruoli esecutivi nelle provincie napolitane — 12. Il giudice non può supplire di uffizio alla eccezione della prescrizione — 13. Neanche quando la persona che dovrebbe proporla, fosse incapace di rinunziarvi, e neanche il Pubblico Ministero può proporla per lei — 14. Quali sono le quistioni, che sogliono nascere intorno alla proposta o alla omessione della prescrizione nella Corte di cassazione e come dovrebbero andar definite — 15. Non si può rinunziare alla prescrizione non ancora compiuta: si può rinunziare espressamente o tacitamente alla prescrizione compiuta — 16. Il pagamento originato da errore di diritto o di fatto, se fosse chiaramente dimostrato, lungi di doversi ritenere come rinunzia alla prescrizione, dà invece l'azione di ripetizione d'indebito — 17. Esso, se fatto senza specificazione, deve imputarsi sulle annate d'interessi non prescritte — 18. Valore delle proteste — 19. Sono quistioni di fatto quelle relative all'esame, se un fatto sia incompatibile colla volontà di valersi della prescrizione — 20. La rinunzia alla prescrizione non può offendere il diritto dei terzi — 21. Chi non può alienare non può rinunziare — 22. Se la prescrizione si opera *di diritto* o *ope exceptionis* — 23. Se rimanga superstite un' obbligazione naturale.

1. Ad ogni diritto sulle cose e sulle persone corrispondono altrettante obbligazioni negative e positive, che cessano al cessare del diritto: sicchè la perdita di un diritto da un lato genera ne-

cessariamente un vantaggio dall'altro. Tale vantaggio varia secondo la natura del diritto. Può il proprietario perdere la proprietà di una cosa sua, ed il possessore acquistarla, e può un immobile esser gravato di un peso a vantaggio di chi non ne sia il proprietario (usufrutto, uso, abitazione, servitù prediali). Può una persona perdere un diritto sull' immobile altrui e questi liberarsi dal peso, riacquistando la libertà dell' immobile (1). Il creditore, perdendo il suo diritto di credito diminuisce il suo patrimonio, ed il debitore, sciogliendosi dal vincolo obbligatorio, aumenta il suo.

Quel proprietario che trascura di usare dell'immobile per tutto il tempo che la legge stabilisce, lasciando che altri se ne impossessi e lo goda pel decorso del tempo più o meno breve, determinato dalla legge, ne perde la proprietà per prescrizione, ed il possessore ne diventa, invece sua, il legittimo proprietario. La prescrizione è in tal caso *estintiva* da un lato, *acquisitiva* dall' altro; ma generalmente si denomina *acquisitiva* della proprietà.

Il proprietario di un immobile, il quale non si cura d'impedire, che altri eserciti per un tempo determinato dalla legge, un diritto sul medesimo, ne ha ristretta la libertà, ed il godente, se ha posseduto il diritto per lo stesso tempo, lo acquista, lo fa suo. Anche in tal caso la prescrizione è *estintiva* ed *acquisitiva*; ma generalmente le si dà il nome di *acquisitiva di un diritto.*

Chi ha un diritto sull' immobile altrui, e non ne usa per tutto il tempo designato dalla legge, lo perde, ed il proprietario dell'immobile riceve il vantaggio di liberarsi dal peso che lo grava. La prescrizione è, anche in tal caso, estintiva ed acquisitiva; ma è conosciuta sotto il nome di *estintiva.*

Il creditore che trascura di agire per il suo credito per tutto il tempo stabilito dalla legge, lo perde, ed il debitore prosciolto

(1) *Species adquirendi est liberare aliquem obligatione*, L. 11, D. *de acceptit.*, 46,4,—Dove s'incontri citato un articolo senza alcuna specificazione, esso si riferisce al Codice civile italiano.

dall'obbligazione, ottiene un vantaggio. La prescrizione è *estintiva* ed *acquisitiva*; ma prende in diritto la denominazione di *estintiva*.

Il tempo generalmente ammesso per la prescrizione acquisitiva ed estintiva è quello di trent'anni, ed è anche generalmente ammesso un tempo più o meno breve secondo la natura dei diritti, e che varia nelle diverse legislazioni.

2. È questo il sistema ed il linguaggio del Codice italiano.

Il primo articolo, 2105, che sotto il Capo I *Disposizioni generali*, del titolo XXVII, del libro 3°, *Della prescrizione*, ultimo del Codice, definisce così la prescrizione.

« È un mezzo con cui col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da un'obbligazione ».

Ed aggiunge l'articolo che lo segue: « Per aquistare mediante la prescrizione è necessario un possesso legittimo ».

È definita la prescrizione dal lato di chi acquista un diritto, o di chi, estinguendosi l'obbligazione, ne riceve un vantaggio, denominandosi acquisitiva nel primo caso ed estintiva nel secondo. La parola obbligazione è propria di una persona fisica o morale, non delle cose, ma poichè, dalla maggiore o minore libertà di esse, le persone risentono il beneficio ed il danno, così diconsi anche le cose *obbligate; res obligata* è la cosa ipotecata. Onde le espressioni dell'articolo « *taluno* è liberato da un'obbligazione » si estendono anche alle *cose* sulle quali è impresso un peso, colla prescrizione diventando libere.

Quali poi sono i diritti che si possono acquistare per mezzo della prescrizione, e quali quelli che si possono estinguere, non è detto nella definizione. Non tutte le proprietà e i diritti sulle cose si acquistano colla prescrizione, nè tutti i diritti sulle persone e sulle cose si estinguono mediante la medesima. Sicchè è parte essenziale di questo lavoro l'investigare, quali diritti si possano acquistare colla prescrizione e quali no, e quali diritti sulle

cose e sulle persone si possono estinguere, annullandosi le rispettive obbligazioni.

Il Codice francese dà della prescrizione l'identica definizione con breve variazione (art. 2219) (1); ma il Troplong la censura, perchè essa fa dipendere dal tempo l'acquisto e la perdita di un diritto, mentre il tempo non *est modus constituendi vel dissolvendi juris*, e si rammarica perchè non sia stata seguita la definizione di Modestino, di Dunot e di Pothier, ma la peggiore, quella di Domat (2). Però i suoi concittadini, il Duranton e il Marcadè, ed anche il Laurent han fatto notare la poca giustezza della censura, poichè l'articolo come è compilato, non fa dipendere solo dal tempo l'acquisto e la perdita di un diritto, ma *da condizioni determinate*, le quali non han trovato luogo nella definizione.

I codici di Napoli, degli Stati Sardi ed Estense copiano l'articolo del Codice francese. Quello di Parma ne differenzia: « La prescrizione è un modo di acquistare il dominio di una cosa, o un diritto sulla medesima; di liberarsi da un carico che rendeva meno perfetto il nostro dominio mediante un possesso continuato per certo tratto di tempo e sotto le condizioni stabilite dalla legge », (art. 2332).

Tace della estinzione delle obbligazioni.

La legge Toscana del 2 maggio 1836, art. 170, dice:

« La prescrizione posta in essere col lasso del tempo e colle condizioni da dirsi in appresso, libera il debitore dalle sue obbligazioni verso il creditore, e spoglia questo dalle azioni corrispondenti, libera i beni dalle ipoteche, e dai privilegi a favore del terzo possessore e li fa perdere al creditore, e diventa anche un modo

(1) La prescrizione è un mezzo per acquistare un diritto o liberarsi da un'obbligazione, mediante il trascorrimento di un tempo determinato, e sotto le condizioni stabilite dalla legge, art. 2219 Cod. franc.

(2) N. 24, *Trattato della prescrizione.*

legittimo per il possessore di acquistare il dominio e di perderlo per il proprietario ».

Tale descrizione sarebbe perfetta, se non si fosse omessa e la liberazione dei beni dai diritti reali spogliandone il godente, e l'acquisto dei diritti reali, gravando l'immobile del proprietario.

Nel Codice del Lombardo Veneto leggonsi i due seguenti paragrafi:

§ 1451. « La prescrizione è la perdita di un diritto non esercitato entro un certo tempo stabilito dalla legge ».

§ 1452. « Allorchè il diritto prescritto in forza di possesso legale si trasferisce nello stesso tempo in altri, dicesi il diritto acquisito per *usucapione*, ed il modo di acquistare chiamasi *usucapione* ».

Nella definizione della prescrizione è confusa la prescrizione propriamente detta e la decadenza da un diritto.

Si usa un linguaggio diverso secondo che la prescrizione è modo di acquistare, o modo di estinguere un diritto, denominandosi questo *prescrizione* e quello *usucapione*, adoperata questa parola solamente per denotare la prescrizione *longi temporis* nel diritto romano, anche nell' ultimo tempo, nel quale Giustiniano unificò la prescrizione e la usucapione.

Si usa la frase *trasferisce*, il che accenna a modo derivativo di acquisto, mentre la usucapione o prescrizione che dir si voglia, è un modo originario di acquisto mediante il possesso.

Non proseguiamo ad indicare le altre definizioni, che la scuola antica e moderna ha tentato di dare più o meno perfette, contentandoci di notare, che tutte concordano nel designare lo intento della prescrizione, cioè:

È modo di acquisto della proprietà e dei diritti reali mediante un legittimo possesso, estinguendosi, rispettivamente, il diritto del vero proprietario, o gravando del peso l' immobile altrui.

È modo di estinzione dei diritti reali e personali, liberando dal vincolo la cosa e la persona.

3. E chi volesse addentrarsi nell' indagine dell' origine della varietà del linguaggio e della varietà ed imperfezione delle definizioni, la troverebbe nella successione storica dell'istituto della prescrizione.

Nei primi tempi di Roma non si conobbe che la *usucapione* nella sostanza e nel linguaggio. Chi avesse per un determinato spazio di tempo posseduto con giusta causa di possedere un mobile o un immobile, n' era riguardato come proprietario assoluto. La necessità sociale di render certo il dominio delle cose poste in un territorio poco esteso fece introdurre questa istituzione, nella quale non si teneva alcuna ragione del vero proprietario, non curante della sua proprietà.

Ma i limiti della usucapione ristretta ai soli beni italici di diritto quiritario, si vennero successivamente allargando, concedendosi, ai possessori con giusto titolo e buona fede dei fondi provinciali per un tempo determinato, un' eccezione, *praescriptio*, contro l' azione di revindicazione del proprietario neghittoso, che prese il nome di *praescriptio longi temporis.* Apparve così la prima volta la considerazione della perdita del diritto da parte del vero proprietario in un modo indiretto, *praescriptio extintiva*, e dell' acquisto da parte del possessore; nè si tardò a fare un passo più innanzi. Al possessore, divenuto proprietario, mediante la eccezione, *praescriptio longi temporis,* rispetto all' antico proprietario si concesse la *utilis rei vindicatio* contro i terzi a tutela del suo possesso. In tale maniera la *longi temporis praescriptio* divenne una vera *usucapio* con tutti i suoi effetti nella sostanza e nel linguaggio: estintiva da parte del proprietario, acquisitiva da parte del possessore, *erga omnes.* In progresso di tempo l' usucapione fu estesa anche alle servitù.

Durante l' impero nacque la *praescriptio longissimi temporis,* estintiva di tutte le azioni personali e reali, finchè Giustiniano, non più ammettendo le distinzioni tra il dominio quiritario e bonitario,

fuse le due istituzioni nella sostanza e nel linguaggio, *praescriptio longi* e *longissimi temporis*.

L' unificazione di due istituzioni, che hanno principii comuni, ma differiscono nello scopo e nelle condizioni, han dato origine alla varietà ed alla imperfezione della definiziene della prescrizione; il che non arreca alcun danno nè nella teorica nè nella pratica, avendo il Codice specificato e in essa ed in altri luoghi gli intenti della prescrizione. Contentiamoci dunque di una descrizione che tutti li comprenda.

4. Quale è il fondamento dell' istituto della prescrizione e come modo di acquisto e come modo di estinzione di diritti?

È bisogno sociale fissare i rapporti di diritto capaci di dubbii e di contestazioni racchiudendo l' incertezza in un periodo di tempo determinato, ed è anche bisogno sociale la certezza dei dominii e dei patrimonii.

Chi non prende cura della sua proprietà, lasciando che altri se ne impossessi e vi spenda i suoi sudori e i suoi capitali, per un lungo spazio di tempo, non deve essere tutelato dallo Stato nello esercizio di una tardiva azione; nè il possessore deve temere, che altri possa movergli e vincere controversia che gli tolga il possesso lungamente durato, che pure è origine prima della proprietà. Il possesso gli ha fatto acquistare quella proprietà della quale il proprietario ha creduto di non usare. E ciò che diciamo della proprietà può ripetersi dell' acquisto dei diritti reali.

Chi non ha usato per un lungo spazio di tempo dei suoi diritti sulle cose e sulle persone, non può dimandar protezione, per l' esercizio tardivo dei medesimi, ed il proprietario che ha goduto liberamente la proprietà, e il debitore che ha già pagato il suo debito ed ha potuto disperderne le prove, o ha potuto credere di essergli stato rimesso o pure lo ha o obbliato o ignorato, non deve essere disturbato da un giudizio, che l' attore, il quale aveva il diritto d' intentare a suo piacimento, ha ritardato, per desidia o per

disegno nel fine di rendere difficile o impossibile al possessore o al debitore la prova della liberazione.

Se principale dovere dello Stato è la tutela di tutti i diritti, fra i quali il più eminente e più generale è quello della società, la tutela non può consistere che nel proteggere i diritti individuali e i diritti sociali, contemperandoli insieme, senza che la tutela degli uni offendesse o soverchiasse i diritti degli altri.

Contemperare con giusta misura i diritti dei proprietarii e dei creditori con quello dei possessori e dei debitori, mettendoli in armonia col diritto sociale della certezza dei dominii e dei patrimonii, è stato il lento e successivo lavoro di secoli nel determinare le condizioni della prescrizione secondo la natura dei diritti da acquistare o da estinguersi.

5. Nè noi spenderemo parole per esaminare, se la prescrizione sia di diritto naturale o civile, se sia la *patrona* del genere umano e del diritto pubblico e privato, o pure un iniquo trovato; delle quali quistioni trattano diffusamente le scuole antiche e moderne. Ci limiteremo a dire, che tutte le nazioni civili ammettono la prescrizione acquisitiva ed estintiva, discordando solo in alcuni particolari, principalmente in quanto alla durata; che nel nostro regno, essendo lo straniero ammesso a godere gli stessi diritti dei cittadini, possono essere soggetti attivi e passivi della prescrizione (art. 3), e che alla medesima son soggetti e possono opporla tutti i cittadini, e gli enti morali, non esclusi i comuni, le province e lo Stato pei loro beni patrimoniali (art. 2114).

6. I diritti reali e personali son tutelati nel loro esercizio mercè le azioni reali e personali, poichè ogni diritto ha per compagno indivisibile quello di agire, senza il quale tornerebbe inutile in caso di violazione.

Il Codice italiano, nella trattazione di alcune materie, specifica, quali diritti si possono acquistare e quali estinguere colla prescrizione. Onde è stata necessità stabilire una regola generale nel-

l' art. 2135 sotto il Capo I, intitolato, Del tempo necessario per prescrivere, uniforme all' art. 2262 del Cod. franc., salvo qualche leggiera mutazione di forma (1).

« Tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di trent' anni senza. che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede ».

La paternità di questo articolo rimonta ad un tempo più antico del Codice francese: essa è degl' imperatori di Bisanzio, poscia diventata italiana. Il duca Carlo Emmanuele I di Savoia nell'anno 1598 pubblicava due notevoli costituzioni togliendo ogni vigore al diritto canonico:

« Tutte le azioni tanto reali che personali o miste s' intenderanno prescritte od estinte per lo trascorso di anni trenta da computarsi dal giorno che nacquero, e che poterono sperimentarsi, se non vi sarà occorsa qualche legittima causa valevole a rompere la prescrizione.

« Non si ammetterà contro le legittime prescrizioni verun ricorso, nè anche per mezzo della restituzione in intiero, salvo che se alcuno se ne permettesse dalla disposizione delle soli Leggi civili, che in questo caso intendiamo di riservare » (2).

Dunque secondo il nostro art. 2135 *tutte* le azioni reali e personali si estinguono con trent' anni. La parola *tutte* non dovrebbe farne escludere nessuna; non pertanto ve ne sono alcune che non si prescrivono, come ve ne sono altre che si prescrivono in tempo più breve. Vuol dire dunque l' art. 2135, che il decorso di trent' anni sia il tempo ordinario della prescrizione estintiva di tutte le azioni, salvo le eccezioni, per le quali talune di esse o non sono soggette a prescrizione o pure si prescrivono in un tempo più breve.

(1) Le regole della prescrizione sopra gli altri oggetti diversi da quelli indicati nel presente titolo, sono spiegate nei luoghi opportuni (art. 2264 Cod. franc.). Il Codice italiano lo ha omesso come inutile.

(2) RR. Costituzioni, lib. V, t. 18, 1, 2.

Che diremo dell' acquisitiva prescrizione? L' articolo suppone, che taluno istituisca un' azione reale contro il terzo possessore, il quale opponga la prescrizione estintiva dell' azione, e quel taluno gli risponda che nol possa, perchè il possesso della cosa non è fondato su titolo nè è di buona fede, per cui egli non ha potuto perdere quello che l' altro non ha potuto acquistare. Si dispone, che nè il titolo nè la buona fede sia necessaria per la estinzione del diritto da un lato e per l' acquisto del medesimo dall' altro. E si noti, che la disposizione è comune tanto alle azioni reali che personali, poichè anche di queste il diritto canonico proibiva la prescrizione, se il debitore fosse in mala fede, *ob conscientiam debiti.*

L' articolo non è stato molto felicemente compilato, ma da esso risulta, avuto riguardo alla tradizione e ad altri articoli del Codice, la regola, salvo eccezioni in contrario: che si acquistano i diritti reali e si estinguono i diritti reali e personali, i primi col possesso durato trent' anni accompagnato dell' inazione del proprietario, ed i secondi coll' inazione dell' avente diritto o del creditore per lo stesso spazio di tempo, quando anche il possessore sia un usurpatore senza titolo e buona fede, il debitore non abbia soddisfatto il debito (art. 629, 910, 2137).

7. E qui mi si permetta di raccogliere quello che intervenne nell' ultimo periodo della legislazione napolitana, che precedette la pubblicazione del Codice Napoleone (1809); perchè, sebbene sieno gia decorsi ottantatrè anni, non è mancata l' occasione di doverla applicare, e perchè resti memoria dei particolari di essa e del modo della sua interpetrazione: la quale cosa se è facile per noi, è laboriosa per i nostri giovani giuristi, specialmente se non vivono nelle provincie del mezzogiorno.

La *bona fides* e la *justa causa possidendi* non figurano nel diritto giustinianeo come condizioni necessarie per la prescrizione *longissimi temporis* delle azioni personali e reali. Ma la Chiesa cattolica ritenne come grave peccato il tenersi la roba degli altri senza

ragione; il che avverrebbe, se fosse ammessa la prescrizione anche senza la buona fede. Papa Alesandro III (1) decretò fra le altre cose: « *Vigilanti studio cavendum est. . . . ne malae fidei possessores simus in praediis alienis: quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se aliena noverit possidere, quum bonae fidei possessor dici non potest. Ephesinus enim legislator, solum propter vitandam seguitiem, et longi temporis errorem et confusionem, primus tricennali, vel quadragenali annorum praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis auten, tam in rem cognitis, quam latentibus, placuit non habere vigorem* ».

Ma più spiccatamente il Papa Innocenzo III (2) decretò: « *Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali concilio definimus*, UT NULLA VALEAT ABSQUE BONA FIDE PRAESCRIPTIO, TAM CANONICA QUAM CIVILIS. *Cum generaliter sit omni constitutioni, atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut qui praescribit, in nulla temporis parte* REI HABEAT CONSCIENTIAM ALIENAE ».

L'intenzione di modificare il diritto romano per considerazioni morali e religiose è chiaramente espressa in queste due decretali: l'incertezza sta nell'estensione dell'innovazione. Quattro opinioni si manifestarono intorno alle medesime:

A. Le decretali si applicano solo alla *usucapione*.

B. Si applicano ancora alle azioni *in rem* e non ad altre.

C. Si applicano eziandio alle azioni personali, ma solamente quando hanno per obbietto la restituzione della cosa posseduta ingiustamente.

D. Si applicano alle azioni personali e conseguentemente alla prescrizione delle azioni in generale, in tutta la sua estensione.

---

(1) C. 5, *de praescript.*, II. 26. Durò il papato di Alessandro dal 1159 al 1181. È inserita tale costituzione nelle Decretali di Gregorio IX.

(2) C. 20, *de praescript.*, II, 26. La decretale fu pubblicata nel 4° Concilio Lateranense. Durò il papato d'Innocenzo III dal 1198 al 1216.

La quistione si è spesso formolata nei seguenti termini: La *bona fides* è soltanto necessaria quando il convenuto è debitore *rei alienae*, o pure quando è debitore *rei propriae ?*

Savigny esamina lungamente queste quattro interpetrazioni, accettando la terza, quando cioè si è debitore *rei alienae* (1).

Ferveva in quel tempo gagliarda la lotta tra il Papato e lo Impero.

Alla collezione delle Decretali pubblicate da Gregorio IX nel 1230, Federigo II, due volte scomunicato, rispondeva, nel Concistoro di Melfi tenuto nell' anno 1231, colla solenne proclamazione del Volume delle Costituzioni, ed alla Decretale d' Innocenzo III colle seguenti tre Costituzioni:

Con quella che incomincia *Duram et Diram*, 1239, dispose la osservanza del diritto romano.

Coll'altra, intorno alla prescrizione *Consuetudinem pravam*, volle rispettata l'alienazione del feudo fatta a *non domino*, purchè il nuovo feudatario avesse posseduto il feudo per trent' anni, prestando il servizio al signore.

E coll'ultima, *Quadragenalem*, riguardante le cose pubbliche, stabilì, che abolita la prescrizione di 40 anni del diritto romano e la sessennale del diritto longobardo, non si potesse opporre al Fisco che la centenaria.

Non indagheremo quale autorità ebbe nel regno la costituzione *Duram et Diram*, se fosse stata più potente la prescrizione dell'imperatore, o il timore dell' inferno da esso non considerato come si fa a dire Matteo degli Afflitti (2). Quello del quale non

---

(1) Diritto romano, lib. II, cap. IV, A. CCXLIV.

(2) Cap. 6, n. 38. Al commento sul Capitolo *Si quis per triginta* scrisse: " *Ita possunt esse vera de jure civili quod non consideravit Paradisum et Infernum, sed de jure canonico dico quod malae fidei possessor nullo tempore praescribit* ". E lo stesso ripete nel commento della Costituzione *Consuetudinem*, ecc.

si può dubitare si è, che caduto il regno nel 1266 sotto la denominazione Angioina, ligia ai Pontefici dai quali riconoscevano l' avvento al principato, non per legge di alcun Principe, ma per uso e consuetudine, le Decretali s' insegnavano nelle scuole, si citavano e si applicavano nei tribunali (1) specialmente dove accadeva disputarsi di cosa che poteva portar peccato e pericolo della salute dell' anima.

Carlo II d' Angiò, vicario di suo padre assente, Carlo I, in un parlamento di Prelati, Conti, Baroni ed altri regnicoli, convocato nel 1285 nel piano di S. Martino, stabilì 46 capitoli portanti il titolo *Constitutiones illustris Domini Caroli II Principis Salernitani* (2). Seguono poi venti capitoli colla rubrica, *De privilegiis et immunitatibus Ecclesiarum et Ecclesiasticarum personarum* (3). Il Pontefice Onorio IV nell' anno 1285 li confermò con sua Bolla, comandando che inviolabilmente si osservassero. Re Ferdinando d'Aragona, fece inserire la Bolla (1469) nella Prammatica *de Clericis seu Diaconis Selvaticis.*

Carlo II con i proclamati Capitoli non rivocò alcuna delle precedenti Concessioni fatte alla Chiesa, nè si occupò di prescrizione. Il potere papale sotto gli Angioini divenne sovrano, tanto che i Capitoli di Papa Onorio furono conservati nell' Archivio regio ed alligati come leggi dai nostri professori.

Nè la stirpe Aragonese ebbe la forza di svellere gli usi e le credenze radicate nella coscienza dei popoli, non ostante che Ferdinando I avesse richiamato in vigore le Costituzioni sveve. Nelle prammatiche 1 e 2 *de praescript.* è confermata quella di Federigo *Duram et Diram* intorno alla prescrizione; pure appellandosi all'uno ed all' altro diritto, *juris utriusque,* volle, anche nella prescrizione di trent' anni, fosse necessaria la buona fede.

---

(1) Giannone, lib. 19, cap. 5, § 1.

(2) Giannone, lib. 20, cap. 9, § 2.

(3) Il contenuto può rilevarsi dal Giannone, lib. 20, cap. 9, § 2.

La Prammatica di Carlo VI del 1720 non contiene che una conferma della prescrizione centenaria stabilita da Federigo contro il fisco: « *Is enim cavit praescriptionem immemorabilem, sive centenariam procedere contra fiscum et tutos reddere possessores bonorum et jurium feudalium, vel regalium a quacunque molestia regii fisci, etiamsi costaret de titulo, infecto vel invalido, dummodo titulus praedictus non sit exhibitus ab eisdem successoribus* » (1).

Nell' applicazione delle decretali di Alessandro III e d' Innocenzo III nell' ex-regno si agitarono non solo le quattro opinioni, per lo svolgimento delle quali ci siamo rimessi al Savigny, ma alcune altre, le quali sono: Se la buona fede fosse necessaria nelle cose mobili: Se la mala fede dell' autore nocesse all' erede: Se la buona fede si dovesse estendere anche alla prescrizione centenaria.

Carlo III di Borbone, sul consiglio del suo illustre ministro Bernardo Tanucci, colla famosa costituzione, *de ordine et forma judiciorum*, si decise a consultare il S. R. Consiglio, perchè a ruote giunte che eran quattro, desse parere, se in Regno dovesse ammettersi la prescrizione, determinandosi la maniera con la quale avessero a ritenersi per prescritte le azioni.

A 23 dicembre 1738 il S. R. Cônsiglio diede il seguente parere:

« *Sacrum Consilium* CENSET (2); *Praescriptioni qua* ACTIONES *extinguntur, in quocunque regni foro, locum esse opertere, modo conditionibus ab jure civili, pontificio, ac lege municipali praestitutis plane sit confirmata. Propterea neque debitorem, qui ob conscientiam debiti semper est in mala fide, neque heredem licet bonae fidei, qui possessori malae*

---

(1) Maffei, Inst. civ. Neapol., L. 8, cap. 9. Si confonde la *immemorabile* del cui inizio non *extat memoria* colla *centenaria*.

(2) Questa è una delle antiche solenni formole romane. *Senatus censuit*, dicevano i giureconsulti ed anche i primi imperatori. L. 35 ff. de mort. causa don.; L. 15 e § 3 e pen. ff. de jure fisci; L. Divus 15 § Item ad leg. Corn. de falsis, etc.; L. 1, Cod. de Compensat.

fidei successerit, praescriptione juvari unquam posse. Ceterum in tertio possessore bonam fidem praesumendam esse; ideoque lapsu triginta annorum a DIE NATAE ACTIONIS, *ac deductis temporibus de jure deducentis, legittima praescriptione eum recte uti posse. Ad hanc tamen excludendam licere actori apertis argumentis probare illum possessorem, sive ab initio, sive intra praescriptionis spatium vere in mala fide fuisse, probationibus praesuntae malae fidei prorsus rejectis*».

Chiudesi così il parere: « *Quae tamen omnia robur ac firmitatem capiant in posterum a die promulgationis, si Regia Majestas annuerit*; *quomobrem ad eam de omnibus referatur* ».

Una prammatica del 15 decembre 1742 approvò tale parere, comunicandosi al Presidente del S. R. C.

Non tardarono a sorgere due quistioni sulla intelligenza di detta prammatica.

È applicabile alla prescrizione centenaria?

E innovativa o dichiarativa?

Sulla prima quistione fu osservato, che il S. R. C. non volle innovare la legge municipale cui diede anche la preferenza; onde doveva continuare ad aver vigore la prammatica di Carlo VI, non richiedente la buona fede nella centenaria, ma che questa si riferisse alla sola prescrizione acquisitiva non già alla estintiva, poichè la coscienza del debito si trasmette agli eredi, avendo il S. R. C. usata la frase *unquam*. Il che pare a noi molto grave, non potendo essere in peccato l'erede quando ha tutta la ragione, derivante dal lungo tempo decorso, di credere, che i suoi autori abbiano soddisfatto il debito, e che la soddisfazione siasi fatta così alla buona senza scritto o si sieno disperse le quietanze. Abbiamo quindi salutato come un progresso la sentenza della Corte di cassazione di Napoli del 26 giugno 1887, nella quale fu stabilito il seguente principio:

La prescrizione centenaria o come suol dirsi immemorabile per diritto patrio napolitano aveva ragione di titolo, non altri-

menti che la *vetustas* presso i romani valeva quanto la legge; e però era indipendente dall' indagine di possesso e di buona fede, per cui viene esclusa la prescrizione ordinaria rispetto al debitore. E siccome l' elemento razionale che la costituisce, è la smarrita memoria dell' origine del diritto, così non è possibile venir facendo distinzione nei suoi effetti giuridici e dirla applicabile per acquistare e non per estinguere.

Dichiarativa fu sempre ritenuta la prammatica. Ed una sentenza della Corte di cassazione del 26 novembre 1870, che portò contrario avviso, non accettato dalla Corte in rinvio, fu, a sezioni riunite, innegata dalla stessa Corte di cassazione con sentenza di rigetto.

Alle sole cose giudicate o transatte non si estende la prammatica: essa spiega tutta la sua virtù nei giudizii o pendenti o che si possono introdurre.

8. Giusta il nostro ordinamento di procedura, nel giudizio di appello non si possono proporre dimande nuove; bensì eccezioni di ogni natura alla domanda principale, e possono dedursi nuove pruove (art. 490 Cod. di proc. civ.). Il che importa, che le parti vincitrici o vinte, con i loro appelli generali o parziali o incidentali contro la sentenza di prima istanza, possono devolvere l' intera cognizione della causa al giudice di appello, istruendola con nuove difese, eccezioni e documenti; ed il giudice di appello ha la stessa ampiezza di giurisdizione del giudice di prima istanza di giudicarla.

Coerentemente a siffatto principio l' art. 2110 dispone: « La prescrizione si può opporre anche in appello, se chi aveva diritto di opporla non vi ha rinunziato ». Il Codice francese dice: « La prescrizione si può opporre *in qualunque stato della causa,* anche avanti al tribunale di appello, purchè le circostanze non facciano presumere, che la parte che l' ha opposta, vi abbia rinunziato » (art. 2224).

La locuzione del Codice italiano è più corretta. Essa cancella le parole *in ogni stato della causa*, o inutili o pericolose, potendo dare ad intendere, che la prescrizione potesse proporsi anche nella Corte di cassazione; ciò che è in aperta contraddizione dell' ordinamento della medesima e non è stato, cosa rara, da alcuno sostenuto. Si accenna nell' articolo francese alla sola rinunzia presunta, mentre ha potuto esservi anche l' espressa.

9. Ma se la sentenza impugnata col ricorso fosse stata cassata, potrebbe la prescrizione esser proposta innanzi al giudice di rinvio? Secondo l' art. 543 del Cod. di proc. civ., la cassazione della sentenza importa l' annullamento delle sentenze e degli atti posteriori, ai quali la sentenza cassata abbia servito di base. Se la sentenza sia cassata in alcuno dei capi, restano fermi gli altri, salvo che sieno dipendenti dal capo in cui la sentenza fu cassata.

L' articolo 631 dell' abolito Codice sardo dispone: Eccettuati i casi, in cui una sentenza siasi annullata per causa di competenza o per causa di nullità di un atto di procedimento preceduto alla sentenza medesima la causa debbe portarsi in via sommaria a udienza fissa per mezzo di citazione, che potrà seguire ad istanza di qualsiasi delle parti, le quali non potranno procedere a maggiori atti d' istruzione, fuorchè a quelli che riguardano le costituzioni di procuratori, così esigendo il giudizio. E l' autorità, innanzi cui staranno le parti, pronunzierà la sentenza allo stato degli atti e delle conclusioni anteriori alla sentenza stata annullata e di quelli seguiti innanzi la Corte di cassazione, ammesse le arringhe.

Se, giusta tal Codice, la Corte di rinvio deve pronunziare la sentenza allo stato degli atti e delle conclusioni anteriori alla sentenza cassata, è evidente, che non si possa proporre, per la prima volta, la prescrizione, perchè si verrebbe ad aggiungere alle conclusioni una nuova eccezione. La quistione potrebbe farsi, se, nel caso che cassata la sentenza per ragion di competenza o di nullità si dovesse riassumere la procedura dal primo atto nullo, si

avesse la facoltà di aggiungere nuove eccezioni e nuove prove. Tale articolo non è stato riprodotto dall' attuale Codice di procedura, nè la quistione in disamina è stata risoluta da alcun testo di legge; sicchè occorre ricorrere ai principii generali.

L' art. 544 del Cod. di proc. civ. dispone, che quando la Corte di cassazione cassi una sentenza, deve rimandare la causa ad altra autorità giudiziaria uguale a quella che pronunziò la sentenza cassata, e che sia più vicina alla medesima.

La causa è portata innanzi al giudice di rinvio ad istanza di una delle parti con citazione in via sommaria (art. 546 Cod. di proc. civ.).

Fin dove si estende il diritto delle parti e la giurisdizione del giudice di rinvio?

Cassata la sentenza, rimangon fermi gli atti che la precedono. E poichè riaperti i termini una nuova discussione deve aver luogo, non è vietato, sino alla fine della medesima, di produrre nuovi documenti e nuove eccezioni, aggiungendoli anche con postilla alle nuove conclusioni (art. 390 Cod. di proc. civ.). Così, deve esser permesso alle parti di proporre, per la prima volta, la eccezione della prescrizione, purchè non vi sia stata rinunzia espressa o tacita.

A regolare il diritto delle parti e la giurisdizione del giudice di rinvio due sistemi potevano accettarsi; l' uno, che abbrevia le liti, rigoroso e severo, che vieta alle parti di mutar le conclusioni lette ed inserite nella sentenza cassata; ed è questo il sistema sancito dal Codice Sardo; l'altro che prolunga la lite, potendosi giungere sino a cangiare la fisonomia della causa, ma largo e propizio ad una difesa novella, a produzioni di nuovi documenti e nuove eccezioni, ed è questo il sistema del Codice italiano e del francese. Se non che alcuni, distinguendo il procedimento sommario dal procedimento formale, consentono in quello, e rifiutano in questo, la facoltà delle nuove eccezioni e difese, e quindi della pre-

scrizione. La causa innanzi al tribunale di rinvio, essi dicono, si trova nelle stesse condizioni e soggetta alle stesse norme, che davanti al precedente tribunale, la cui sentenza venne cassata. Segue da ciò che l' annullamento pronunziato non deve vantaggiare la condizione processuale di un litigante in danno dell' altro, e che s' impone la distinzione fra i due procedimenti, eccetto che fosse stata annullata la iscrizione a ruolo come irrituale, nel quale caso, non potendosi considerare chiusa la discussione, si possa invocare la prescrizione (1). Questo ragionamento si fonda sull' art. 176 del Cod. di proc. civ., nel quale si dispone, che rimasta ferma la iscrizione della causa a ruolo non è ammessa che solamente un' altra comparsa, riassuntiva del fatto della causa, delle conclusioni e dei motivi delle medesime senza che possano prodursi nuovi documenti nè fare nuove istanze o eccezioni.

Cotesta distinzione non può accettarsi, perchè quando la Corte di cassazione ordina il rinvio della causa ad altra autorità, diversa da quella che ha pronunziato, la causa è portata innanzi alla nuova autorità con citazione in via sommaria.

Le precedenti iscrizioni a ruolo tanto nel procedimento formale che sommario sono prive di ogni effetto, ed è dato alle parti di fare nuove produzioni di documenti, di difese e di eccezioni, finchè non sia finita la discussione all'udienza, dove si presentano non le antiche conclusioni, ma le nuove, tanto che le antiche fossero state date in un procedimento sommario, quanto in uno formale.

La condizione delle parti nel giudizio di rinvio è eguale in quanto all' ampiezza della difesa. L'una e l' altra aveano nel precedente giudizio di appello, agitato col procedimento formale, perduto il diritto, rimasta ferma la iscrizione a ruolo, di produrre nuovi documenti e fare nuove difese e nuove eccezioni; e l' una e l' altra diventata inutile in rinvio la iscrizione a ruolo, per ne-

(1) Pugliese, *Della prescrizione acquisitiva*, n. 67.

cessità di cose, riacquistano il diritto perduto, di fare produzioni di documenti, di difese e di eccezioni (1).

Le parti dunque possono nel giudizio di rinvio proporre la prescrizione con due soli limiti; che non vi si opponga la qualità e la condizione dell' annullamento se è parziale; che non vi si sia rinunziato espressamente o virtualmente con fatti precedenti incompatibili colla volontà di valersi della prescrizione.

10. Non bisogna però andare più oltre. Dopo che la sentenza è divenuta inappellabile, o appellata, l'appello è stato rigettato, non è più lecito sia con dimanda principale sia in opposizione a precetto, proporre la prescrizione. La cosa giudicata spegne tutte le eccezioni che avrebbero potuto e dovuto proporsi, e ciò non pertanto non si sono prodotte. La cosa giudicata stabilisce irrevocabilmente i diritti delle parti, i quali, dopo la medesima, non possono esser di nuovo messi in discussione con tardive eccezioni, meno quelle di soddisfazione e di compensazione, dette dai pratici *eccezioni modificative*. Il che è da applicare ancora ai minori, agli interdetti e a tutti gli altri incapaci, se i loro rappresentanti abbiano omesso di proporla a tempo opportuno. Invano si affannerebbero a porre in mezzo la loro incapacità di rinunziare alla prescrizione sia espressamente sia tacitamente, e che il non proporre la prescrizione equivalga a rinunzia. La cosa giudicata è tale verso tutti i collitiganti; tutte le eccezioni proposte o non proposte sono da essa coverte. Non è così secondo la procedura francese. L'articolo 481 dice: « Lo stato, i comuni, gli stabilimenti pubblici ed i minori hanno diritto al ricorso civile (rivocazione) se non sono stati difesi o se non lo sono stati validamente (*valablement*) ». Il Codice italiano, omettendo questo articolo, ha equiparato lo Stato, i comuni, gli stabilimenti pubblici, i minori e gl' interdetti ad ogni

(1) Corte di cass. di Napoli, 10 novembre 1880; Cass. di Torino, 29 decembre 1885, 1 luglio 1886, 19 agosto 1886, 11 agosto 1887; Mattirolo, Proc. civ., 3ª ediz., IV, n. 949; Ricci, Proc. II, n. 679; Le Roux de Bretagne, tom. I, n. 34.

altra persona capace. Non si è messa fra essi alcuna distinzione nel fine di crescere autorità alla cosa giudicata; sicchè tutte coteste persone fisiche o morali non difese o mal difese non hanno altro diritto che di farsi rendere indenni del danno patito dai loro rappresentanti.

11. Son riconosciuti nelle province napolitane i ruoli esecutivi a pro degli enti laici ed ecclesiastici, per l'esazione delle loro rendite di qualunque natura, fatti legalmente prima della pubblicazione delle nuove leggi. È surta grave quistione, se decorsi 28 anni dalla loro formazione, dovessero essere rinnovati secondo le norme speciali preesistenti alla pubblicazione delle nuove leggi, o pure nel modo stabilito dall'art. 2136. Ne abbiamo trattato in una monografia sulle rendite perpetue (1), nè vogliamo qui ripeterci, concludendo, che il diritto a domandare un documento nuovo essendo un diritto civile fondato sull'art. 2136 non possa più sperimentarsi innanzi le autorità amministrative, giusta la legge sul contenzioso amministrativo, e tanto più che la Ordinanza del prefetto costituisce giudicato producente ipoteca giudiziale per i rescritti del 6 novembre 1830, ed 8 agosto 1846. Ma che che sia di ciò, la Corte di cassazione di Napoli (2) ha ritenuto: Che dichiarata esecutiva la rinnovazione del ruolo dall'Ordinanza del prefetto sia per mancanza di opposizione, sia per rigetto della medesima, non fosse più lecito arrestarne l'esecuzione colla eccezione della prescrizione: fosse però concesso alla parte il diritto di far dichiarare estinta la prestazione inscritta nel ruolo, in un giudizio plenario, mediante la eccezione della prescrizione, non valendo il ruolo che come atto meramente esecutivo faciente piena prova a favore dell'Ente, finchè non sia annullato o ridotto in un giudizio formale.

---

(1) *Gazzetta, Dritto e giurisprudenza*, n. 27, 32, 35 e 37 anno VII, n. 1 e 2, anno VIII, ed opuscolo a parte, n. 34.

(2) 11 luglio 1878, 12 febbraio 1879, 17 luglio 1880.

12. Nacque viva disputa tra gli scrittori del diritto antico, se il giudice potesse supplire alla omissione della prescrizione, elevandola di officio, e chi volesse apprendere il cozzar dei testi, delle autorità e delle opinioni non ha che a leggere la dissertazione che Boerio scrisse su tale argomento (Dec. 344). Fu opinione ricevuta il negare al giudice la facoltà di surrogarsi al silenzio delle parti (1).

Il Codice francese dice nell' art. 2233: « I giudici non possono far valere ex officio la prescrizione quando non sia opposta ».

Il Troplong nel commentar questo articolo vivamente lo censura, perchè, la prescrizione operandosi di diritto, deve esser permesso al giudice di dichiararla, quando il fatto che la sostiene è determinato e formulato (2).

Disapprovano la censura il Le Roux de Bretagne, ed il Rauter, il quale si fa a dire: La libertà è tale, e la facoltà dei cittadini di rinunziare ai proprii diritti è tanta, che, se non li fanno valere, si presume, che gli abbiano abbandonati. Il giudice non inquire, egli dirime le controversie, che le parti gli propongono; la giustizia è più formale che reale (3).

L' articolo francese è stato accettato da tutti i Codici moderni (4).

Nella Commissione coordinatrice del progetto del Codice civile italiano, Bartalini propose di sopprimere l' art. 2134 uniforme

---

(1) Fabro, lib. 7, t. 18, def. 18, n. 8.

(2) N. 87: *Actio quae intra certum tempus datur, palam est, ultra id tempus non dari*. Vinnio, *Part. jur.*, lib. 2, cap. 69. Ma se il giudice si convince che nella formola del fatto si contenga la proposta virtuale della eccezione, discutendola non si può accagionare di averla promossa di uffizio.

(3) Le Roux de Bretagne, n. 26; Rauter, *Rassegna delle rassegne di diritto*, tom. III, p. 115.

(4) Cantone di Vaud, art. 3424; Olanda, 1987; Luigiana, 3424; Haiti, 1991; Austria, 1501; Due Sicilie, 2129; Stati sardi, 3250; Cod. di Parma, 2336; Cod. Est., 2265.

a quello del Codice francese, tranne in una lieve mutazione di forma, perchè si doveva lasciare nel dominio della scienza il principio ivi formulato, e della cui *verità* non si poteva mai dubitare. Si oppose il Niutta, osservando, poter essere l'art. 2134 molto utile, poichè, se il giudice non può supplire nelle cose di fatto, può tuttavia supplire alle cose di diritto. Rigettata la proposta Bartalini, l'articolo fu conservato (1).

Pare a noi più opportuna la conservazione dell'articolo. Sopprimendosi, sarebbe risorta la quistione, se il giudice potesse supplire di uffizio alla prescrizione non opposta. L'operar della prescrizione di pieno diritto, l'essere la medesima d'interesse sociale, l'opinione del Primo Presidente della Cassazione francese e la soppressione dell'articolo sarebbero stati non lievi argomenti per riconoscere nel giudice il diritto e il dovere di supplire alla eccezione di prescrizione, omessa dalla parte. Sarebbesi a ciò risposto: Che se la prescrizione opera di diritto, ciò non importi che la parte, nel cui interesse deve applicarsi, non debba dichiarare di avvalersene anche per mettere l'altra parte in condizione di difendersi in fatto e in diritto: Che all'interesse sociale di render certi i diritti e diminuir le liti si fosse sostituito un interesse più importante d'indole morale, lasciando alle parti, libere dispositrici dei propri diritti, di non valersi di un'eccezione che ripugna alla loro coscienza: Che la opinione del Troplong fosse rimasta solitaria: Che la soppressione dell'articolo si dovesse alla sua inutilità, a detta dello stesso proponente Bartalini, secondo il quale la *verità* del contenuto non poteva dar luogo a dubbio. Mostrava dunque d'avere molta esperienza della vita giudiziaria il Niutta nell'affermare l'utilità della conservazione dell'articolo.

---

(1) Art. 2109: Il giudice non può supplire d'uffizio alla prescrizione non opposta. Verbale n. 44, seduta 22 maggio, p. 541 dei Processi verbali. Si chiedeva anche la soppressione dell'articolo relativo alla rinunzia, come inutile.

Ci limitiamo poi sul contenuto di esso a fare le seguenti osservazioni:

Che la prescrizione, per quanto possa essere determinato il fatto, non cessa di essere una eccezione, la quale non può, giusta l'ordinamento della nostra procedura, essere promossa di uffizio, al pari di ogni altra eccezione perentoria, alla quale si possa dalla parte rinunziare perchè introdotta nel suo interesse.

Che la prescrizione, involgendo sempre una quistione di fatto sul suo cominciamento, e sulle cause sospensive ed interruttive, deve essere chiaramente proposta e fatta nota all'altra parte, affinchè possa questa dedurre fatti che credesse opportuni a chiarirne il valore.

Che occorre lasciare alla libertà dell'interessato l'avvalersi o pur no per sua difesa di un'eccezione, che può offendere la sua coscienza e la sua delicatezza di gentiluomo ed uomo onesto.

13. Il giudice non può supplire all'omissione, quando anche la parte sia una persona incapace a rinunziare alla prescrizione, ma sia legalmente rappresentata in giudizio, come abbiamo precedentemente osservato. E neppure il Pubblico Ministero potrebbe per lei proporla, quando esso è parte *aggiunta*; nel qual caso, giusta il nostro rito, non può supplire od aggiungere di uffizio alle difese ed alle eccezioni prodotte dal rappresentante dell'incapace altre difese ed eccezioni.

Che se poi il Pubblico Ministero è parte principale sia come attore sia come convenuto, ognuno sa che egli ha gli stessi diritti e gli stessi doveri dei privati attori o convenuti.

La procedura italiana ha voluto mantenere una perfetta eguaglianza fra i contendenti, persone fisiche e persone morali, private e pubbliche: sicchè la cosa giudicata fra essi pronunziata è egualmente irrevocabile verso tutti, salvo il regresso dei rappresentati verso il rappresentante nei casi di omessa o di cattiva difesa, *se occorra.*

14. Due sono per lo più le ragioni di ricorso per cassazione nell'applicazione di tale articolo — Il giudice ha supplito di uffizio ad una prescrizione che non era stata proposta, o pure il giudice non ha discusso l'eccezione di prescrizione che era stata proposta. E ciò oltre le ragioni che si riferiscono al merito, alla prescrizione accolta o rigettata.

La Corte ha da esaminare in tali due casi una questione di fatto, desumendone gli elementi dalla comparsa che dicesi *conclusiva*, ossia dall'ultima comparsa, nella quale giusta l'art. 176 del Codice di proc. civ., le parti debbono riassumere il fatto della causa, le loro conclusioni, ed i motivi delle medesime.

Se la prescrizione è stata dedotta e l'autorità giudiziaria ha omesso di discuterla, la sentenza è cassata per difetto di motivazione: art. 360 e 361 Cod. di proc. civ.

Se la prescrizione non è stata proposta, e ciò non pertanto l'autorità giudiziaria l'ha supplita d'uffizio, la sentenza si cassa per violazione dell'art. 2109.

La proposta della prescrizione non occorre farsi con forma sacramentale e con determinazione anche della qualità, cioè se di trent'anni, o di più breve durata. Basta che siano con precisione enunciati gli elementi di fatto, d'onde si manifesti espressamente o virtualmente la volontà di doversi l'azione rigettare pel decorso del tempo, di guisa che la parte contraria abbia potuto sapere, che il suo avversario facesse appello alla prescrizione e sulla medesima egli avesse potuto difendersi. È dovere allora dell'autorità giudiziaria di applicare il diritto al fatto, accogliendo o rigettando la prescrizione di quella durata, che è conforme alla materia dedotta in lite.

Se nella parte conclusiva della comparsa e nei motivi che vi si riferiscono siasi omessa la riassunzione della eccezione della prescrizione proposta nelle precedenti comparse formalmente o virtualmente, l'autorità giudiziaria non ha il dovere di discuterla, con-

siderandola come abbandonata: giudizio cotesto di mero fatto, che sfugge alla censura della Corte di cassazione. Ma se non pertanto si è presa ad esame, la Corte di cassazione non suole ritenere di essersi supplito di uffizio alla proposta della prescrizione; omessa nella comparsa conclusiva, movendo dal principio, che il giudice non *deve*, ma *può* esaminare tutte le difese ed eccezioni fatte nelle precedenti comparse omesse nella conclusiva, tanto più che la istruzione scritta e nel procedimento formale e nel sommario è sempre seguita dalla istruzione orale nella pubblica udienza e talvolta, anche nella camera di consiglio in contraddizione delle parti dove le eccezioni e le difese, senza forme oratorie, meglio si chiariscono a voce. Invece di far rimprovero al giudice di ciò, bisogna sapergliene grado per la diligenza, colla quale ha riparato alla negligenza del procuratore.

Non discendiamo all' esame particolareggiato della giurisprudenza, della quale si discorre in quasi tutti gli scrittori della materia, reputando sufficiente di aver notato i principii direttivi tanto più che la medesima si riferisce più al Codice di procedura civile che al Codice civile (1).

15. Era comunemente ammesso nell' antico diritto, che non si potesse rinunziare alla prescrizione non ancora compiuta (2).

L' art. 1118 del Codice italiano dispone, che le cose future possono formare oggetto di contratto, ma aggiunge, che non si possa rinunziare ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione intorno alla medesima sia con quello della cui eredità si tratta, sia con terzi, quantunque intervenisse il consenso di esso.

Il principio direttivo è il seguente: Le parti possono disporre dei loro diritti anche futuri come meglio credono, salvo che la

(1) Pugliese, 64; Laurent, vol. XXXII, n. 181; Troplong sotto l'articolo 2228; Corte di cassazione di Firenze, 28 agosto 1866, *Bettini*, 1. 168.

(2) Bartolo sulla legge 1. *de usurp. et praescript.*, D. e sulla 1,58 *de leg.* 1

convenzione non offenda un interesse pubblico, o vi sia un espresso divieto di legge (art. 12).

La prescrizione è stata introdotta per un interesse sociale, onde è vietato di rinunziare preventivamente alla prescrizione non ancora compiuta, patto che non tarderebbe a divenire di stile in tutti i contratti per il potere morale dei creditori sopra i debitori (art. 2107). Ma quando la prescrizione è compiuta, vi si può rinunziare essendo in contestazione un diritto individuale, soddisfatto come è stato l'interesse pubblico, che le azioni abbiano un termine, se le parti vogliono profittarne. D'altronde sorge in tal caso un altro interesse sociale più importante; dappoichè la prescrizione dovendo armonizzare colla giustizia, il possessore che non si crede, o dubita di essere il proprietario, il debitore che ha la coscienza di non aver pagato, possono sentire il dovere morale od avere la delicatezza di rinunziare ad un'eccezione che ripugna alla loro coscienza o alla loro lealtà. È stato dunque prudente il consiglio di accettare in materia di prescrizione il principio di diritto comune che permette a ciascuno di disporre dei proprii diritti.

Il Codice non stabilisce una forma speciale della rinuncia, limitandosi a riconoscere che la rinuncia possa essere espressa o tacita. È la manifestazione della volontà di un individuo di rinunziare, la cui efficacia non è subordinata all'accettazione, nè perciò può esser rivocata sol perchè non sia stata accettata; si può bensì farla annullare o rescindere per incapacità o per errore o per altre ragioni ammesse per gli atti, con i quali si dispone dei proprii diritti. Nè deve essere essenzialmente scritta, potendone far la prova secondo il diritto comune, anche, se occorra, per testimoni, e colla relazione del giuramento.

La rinunzia tacita o per dir meglio *presunta* è quella che risulta da un fatto incompatibile colla volontà di valersi della prescrizione. Il Codice italiano è più provvidente del francese, il quale dice nell' art. 2221 : « La rinunzia tacita risulta da un fatto, che

fa *supporre* l'abbandono di un diritto acquistato ». Il fatto non deve essere solo capace a far supporre l'abbandono del diritto, ma deve essere incompatibile colla volontà di valersi della prescrizione, ossia che se il fatto si può conciliare colla volontà di conservare il diritto, devesi dal giudice in questo senso interpetrare, perchè *nemo res suas jactare facile praesumitur.* Ben dunque si avvisò la Corte di cassazione di Napoli a ritenere, che al convenuto che avesse, contro la domanda di pagamento, dedotta la soddisfazione, non fosse interdetto di proporre la prescrizione, che lungi di essere incompatibili, son due eccezioni tendenti allo stesso scopo (1). Sarebbe un atto di rinuncia tacita il pagamento totale o parziale di un debito. Ogni pagamento presuppone un debito: chi paga volontariamente in tutto o in parte un debito, riconosce di esserne debitore e di non volersi avvalere della prescrizione (art. 1237, 1146). Onde la massima: « *Minima agnitione debiti tollitur praescriptio* » cavata dalla legge 7, § 15, 17, 16 del Sen. C. macedoniano. « *Si paterfamilias factus partem debiti solverit, cessabit senatusconsultum, nec solutum repetere potest* ». Sulla quale legge ben disse il Gotofredo: « *Partis adprobatione, totus adprobamus* » (2).

16. Se non che son nate due questioni sull'applicazione di tal principio.

Può ritenersi il pagamento totale o parziale come rinunzia alla prescrizione, se sia stato originato da un errore o vuolsi piuttosto concedere l'azione di ripetizione dell'indebito?

Pagandosi una somma in conto, senza alcuna specificazione, deve essa imputarsi sulle ultime annate d'interessi, o sulle più antiche, già prescritte?

L'errore di fatto, consistente nell'ignoranza di essere decorso il tempo necessario ad acquistare il diritto alla prescrizione, qualora fosse chiaramente dimostrato, non potrebbe far ritenere il pa-

(1) Sen. 15 marzo 1878.

(2) Corte di cass. di Napoli, sent. 14 e 17 dicembre 1883.

gamento, come una volontaria rinuncia al diritto di valersi della prescrizione: dovrebbe piuttosto far nascere il diritto di ripetere la somma pagata per un debito già estinto. Ma è difficile assai di provare l'errore di fatto. Se non risulti da quietanza o da altro scritto contemporaneo al pagamento, che questo sia stato fatto per ignoranza della già compiuta prescrizione, non si può presumere che il debitore non sappia il numero delle annate da lui dovute. Se il pagamento si fosse fatto per errore di diritto, poichè anche questo vizia il consenso (art. 1109), la dimostrazione è ancora più difficile. L'errore è un fatto negativo, che non è agevole provare, non potendosi scovrire quello che è in mente del debitore nel momento che fa il pagamento. E siccome la legge deve esser nota a tutti, e specialmente quella che si riferisce alla prescrizione è di una notorietà generale, non presumendosi l'errore, il pagamento di per sè dimostra la volontà del debitore di non valersi della prescrizione.

Alcuni scrittori non ammettono la ripetizione d'indebito per errore provato di diritto o di fatto, per una mera ragione di diritto, cioè che la obbligazione non si estingue *ipso jure* colla prescrizione, ma *ope exceptionis*, se il debitore vuole prevalersene; sicchè chi paga, non soddisfa un debito estinto ma quello che deve tuttavia. Alla quale opinione non possiamo associarci, poichè, secondo noi, come cercheremo di dimostrare quindi a poco, la prescrizione opera di diritto; essa svanisce quando il debitore non se ne voglia valere, come accade nel caso di perenzione d'istanza o di delazione di eredità.

17. La seconda quistione non è scevra di difficoltà. Chi ha un debito che produce frutti o interessi, non può, senza il consenso del creditore, imputare al capitale ciò che paga, in preferenza dei frutti e degl'interessi: il pagamento fatto in conto del capitale, se non è integrale, s'imputa prima sugl'interessi (articolo 1256). E l'imputazione si fa sopra i più antichi (art. 1258).

Chi dunque paga una somma in conto degl' interessi, senza alcuna designazione, sa, che, questa dovendosi per legge imputare sopra i più antichi, viene virtualmente a rinunziare alla prescrizione la quale non si opera *ipso jure.*

Tale ragionamento ha un vizio che è quello di non tener ragione di due principii certi ed indubitati; che il pagamento deve essere imputato al debito, che il debitore a quel tempo aveva maggiore interesse di estinguere (art. 1258); e che la rinuncia tacita alla prescrizione deve risultare da un fatto il quale sia incompatibile colla volontà di valersi della prescrizione (art. 2111). Or chi paga una somma in conto degl' interessi senza alcuna designazione, ha interesse di estinguere quelli che deve, cioè gl'interessi non prescritti, ossia le ultime cinque annate, non quelli non dovuti più per la prescrizione decorsa, e che il pagamento non può essere interpetrato che coerentemente a questa naturale e giuridica presunzione; sicchè l' imputazione deve aver luogo sugl'interessi non prescritti, ossia sulle ultime cinque annate. Il pagamento anche parziale del debito degl' interessi è considerato come un fatto incompatibile colla volontà di valersi della prescrizione, ossia colla volontà di non pagarli; ma quando il debito degl' interessi in parte è estinto ed in parte è dovuto, il pagamento vuolsi considerare come ricognizione del debito dovuto, non di quello già estinto. Che poi la prescrizione non operi *ipso jure*, è una proposizione poco esatta della quale come abbiamo più innanzi promesso, ragioneremo di proposito.

Tale è l' opinione del Vazeille (1), il quale chiarendo una proposizione troppo generale di Pothier dice: « Che il pagamento degli arretrati cancelli la prescrizione del capitale della rendita, ciò debb' essere, perchè gli arretrati non esistono se non a motivo del capitale, e che soddisfacendoli si riconosce la rendita. Ma degli ar-

(1) Num. 348.

retrati possono perdersi, mentre che il fondo della rendita sussiste. Essi si dividono per la prescrizione in altrettante parti per quante annualità vi sono; e ciascuna di queste parti si prescrive con l'elasso di cinque anni, a partire dalla sua scadenza. *Un acconto indefinito s' imputa sulle ultime cinque annate.* Se ne sorpassa il valore, l' eccedente non può ripetersi; ma esso non cancella la prescrizione delle annualità precedenti alle annualità alle quali può applicarsi. Lo stesso ha luogo a riguardo di ogni debito in capitale a interessi, che è pagabile per frazioni, ai termini indicati.

Troplong si associa a questa opinione (1). Il Dalloz (2) aggiunge: Colui che paga una parte del debito prescritto, rinunzia implicitamente alla prescrizione per il di più (*minima agnitione debiti tollitur praescriptio*) a meno che non dichiari nello stesso tempo di non riconoscere la rendita che per la somma, che paga. Non è dubbio allora, che il pagamento di un' annualità arretrata di una rendita non cancelli la prescrizione del fondo di tale rendita. La prescrizione degli arretrati anteriori è indipendente da quella del fondo della rendita. Rinunziare all' una non è punto rinunziare all' altra: cancellerebbe anche la prescrizione delle ultime quattro annualità; *ma il suo effetto non si estenderebbe al di là.*

Non pertanto la Corte di cassazione di Napoli ha accettata l' opinione contraria, ritenendo che la somma pagata in conto degl' interessi, dovendosi imputare sopra i più antichi, importasse rinunzia alla prescrizione. Forse un esame della quistione sotto tutti i suoi aspetti potrà farle abbandonare cotale opinione, contraria all' equità ed alla intenzione presunta del debitore (3).

18. I debitori quando compiono un fatto, che possa far dubitare della rinunzia ad un loro diritto, sogliono accompagnarlo con proteste dichiarative di voler conservare, non ostante quel fatto,

(1) Num. 56.

(2) Num. 62.

(3) Corte di cass. di Napoli, 14 dicembre 1883. Ferrara, 1883, pag. 248.

integro ogni loro diritto; specie di protesta che Bartolo chiamò, *protestatio declaratoria voluntatis protestantis* (1). Tali proteste non hanno alcun valore, quando sieno vaghe ed indeterminate (*ea quae sunt stigli, non operant*); o apertamente contraddicenti al fatto (*protestatio contraria facto nihil relevat*). Ma in tutti gli altri casi, la riserva serve a chiarire quale sia la intenzione di chi compie l' atto, impedendo ogni materia d' interpetrazione.

19. Se il fatto sia incompatibile colla intenzione del debitore di valersi della prescrizione, è una questione di fatto, che sfugge alla censura della Corte di cassazione. Non rari però sono gli arresti della Corte di cassazione francese, nei quali si esamina, se il fatto qual' è stato ritenuto nella sentenza impugnata, faccia supporre la intenzione dell' autore di valersi o non valersi della prescrizione; indagine questa di fatto, mera operazione logica, non propria delle Corti di cassazione. Ma queste son composte di uomini, dei quali ciascuno ha il suo criterio, ed ai quali ripugna di consacrare colla loro autorità uno sbaglio per essi evidente, il cui opposto è sembrato anche evidente ai giudici che han pronunziato la sentenza impugnata.

Le Corti di cassazione dovrebbero, per non venir contro la loro istituzione, limitarsi a fare due sole indagini; se la motivazione della sentenza sia sufficiente a legittimare il criterio dei giudici del merito: se sia fondata sopra qualche errore di diritto. Non dovrebbero passare oltre ad esaminare il fondo della quistione, sostituendo il loro criterio a quello dei giudici del merito; rimarrebbe così a ciascuno la responsabilità dei proprii atti nei limiti della rispettiva istituzione. Ma ciò è più facile dire che praticare. Secondo il nostro ordinamento, l' esame della quistione di diritto può percorrere, a volontà delle parti, un triplice stadio; prima e seconda istanza, e Corte di cassazione: invece l' esame della qui-

---

(1) Sulla legge *Non solum*, § *mortem*, D. *de operis novi nunciatione*.

stione di fatto, la quale quasi sempre offre maggiori difficoltà, è ristretta a due gradi, prima e seconda istanza. Se in seconda istanza si esaminasse il processo qual' è stato sottoposto ai giudici di prima istanza, un doppio esame potrebbe esser reputato sufficiente; ma è lecito in seconda istanza far nuove difese, produrre nuove eccezioni e nuove prove; e quello che è più notevole, nel procedimento sommario, il quale da eccezionale, per consuetudine, è diventato ordinario, si può ciò fare fino alla chiusura della discussione orale in pubblica udienza, con postilla alle comparse conclusionali e colla comunicazione dei documenti all' udienza stessa. Si sogliono in tali casi concedere differimenti a trattar la causa, ma la scaltra curia si riserba di abusare della buona fede, o dell'inespertezza dell'avversario all' ultima ora. Sicchè l' esame della quistione di fatto si viene, quasi in tutte le cause, a ridurre ad un solo, e questo in guisa tumultuaria quasi *ad modum belli* e *ad horas*.

Onde frequenti sono le omissioni e le imperfezioni di criterio cagionate non pure dall' affrettato studio dei processi offrenti una causa nuova, ma anche dalle insufficienti o mancanti osservazioni delle parti sulle nuove difese, sulle nuove prove ed eccezioni.

Che volete che faccia la Corte di cassazione in tali casi? Dovrebbe lasciare la risponsabilità a chi spetti, se non vi sia violazione delle forme processuali, ma ripugna alla coscienza umana il lasciare offendere diritti sacrosanti imprimendovi il marchio della propria autorità.

È da augurarsi, si trovi modo, come rendere matura la definizione della quistione di fatto o con correggere il procedimento sommario, chiudendone il corso qualche giorno prima della discussione orale con intimazione o comunicazione di tutti i documenti, o pure colla istituzione di una terza istanza di revisione, perchè i nuovi giudici mettendosi nel posto di quelli di seconda istanza eguali di numero e in brevissimo termine provvedessero come di

ragione sulle conclusioni inserite nella sentenza, senza nuove prove e nuove eccezioni, e con le sole osservazioni sulla sentenza che si sottopone alla censura , di fatto e di diritto. Contro le sentenze di questa Corte di revisione il ricorso alla Corte di cassazione dovrebbe esser ristretto ad accusarla di violazione di un diritto oggettivo, togliendosi alla medesima tutte le altre attribuzioni che oggi ha, di difetto di motivazione, di omissione di pronunziazione e somiglianti. In cosiffatta guisa si soddisfano due bisogni ad un tempo, quello di una illuminata decisione della quistione di fatto, e l' altro di una Corte suprema, unica custode del diritto, senza esser divisa in sezioni e giudicante con gli stessi membri per quanto il comportino le necessità umane.

20. La rinunzia alla prescrizione deve avere effetto tra chi l'ha fatta ed i suoi eredi e colui a cui vantaggio è stata fatta. Essendo una rinunzia ad un diritto già acquistato, essa non può offendere quello dei terzi.

Ma che s' intende per terzi? sin dove si estende il loro diritto? come si esercita?

L' art. 2112 dice: I creditori o qualunque altra persona interessata a far valere la prescrizione possono opporla non ostante che il debitore o proprietario vi rinunzi.

Il Bigot-Préamenau n' esponeva così i motivi sul corrispondente articolo del Codice francese: La prescrizione stabilisce o la liberazione o la proprietà; ora i creditori possono, come si è dichiarato nel titolo delle obbligazioni, esercitare i diritti e le obbligazioni del loro debitore, eccettuati quelli aderenti alla persona di lui. La conseguenza è, che i creditori ed ogni altra persona interessata, possono opporre la prescrizione, sebbene il debitore e il proprietario vi rinunzi. I creditori hanno un doppio diritto; esercitano tutti i diritti e le azioni del loro debitore, eccettuati quelli che gli sono esclusivamente inerenti; possono impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni (art. 1235).

Lo stesso articolo dispone, che per gli atti a titolo gratuito basta che la frode sia intervenuta per parte del debitore. E la frode del debitore deve contenere il pregiudizio del creditore e l'*animus fraudandi*, senza di che non è ammessa l' azione di frode.

Abbiamo sul proposito scritto ampiamente nel secondo volume, *Del diritto dei terzi* (1), dove si può trovare esteso svolgimento. Vero è che il Codice non impone espressamente nell' art. 2112 ai creditori, che intendono impugnare la rinunzia fatta dal debitore alla prescrizione, la dimostrazione non solo del pregiudizio ma anche dell' *animus fraudandi*, ma così avviene nelle codificazioni; che stabilito un principio generale, esso si applica in tutti i casi particolari, nei quali quel principio trova la naturale applicazione, e perciò ben a proposito Bigot-Préamenau nell' esporre i motivi dell' articolo si rimise alle disposizioni date per i creditori nell' articolo 1235.

Che poi la rinunzia volontaria alla prescrizione già compiuta sia una liberalità ci par chiaro (2) perchè la prescrizione essendo un diritto acquisito, rinunziandovi, vien meno il diritto, nè si è liberato da un'obbligazione: sicchè basta la prova dell'*animus fraudandi* da parte del solo debitore.

Se il giudizio tra creditore e proprietario contro il debitore o possessore è tuttavia pendente, nè il debitore abbia espressamente o tacitamente rinunziato alla prescrizione, qualunque creditore che da tale omissione possa ricever pregiudizio può intervenire nel medesimo, e proporre la prescrizione, esercitando i diritti del debitore.

Se poi la prescrizione è stata rinunziata, il creditore può proporla in nome suo impugnando quella rinunzia pregiudizievole alle proprie ragioni e nel solo suo interesse.

---

(1) Volume 2°, p. 258—Mirabelli, Torino 1891.

(2) LeRoux de Bretagne, n. 69; Troplong, 80, 81; Jaulier, VIII, p. 445; Mourlon, p. 15. Contra Marcadé, n. 2222, VIII, 45; che cita Dalloz, Rep. *Prescript.*, c. 1, sez. 1, art. 2, n. 8; Giorgi, *Trattato delle obbligazioni*, vol. VIII, n. 364.

Se il giudizio si fosse già consumato senza che in esso si fosse opposta la prescrizione, o pure opposta in modo da farla rigettare con collusione dell' avversario, o pure il giudizio fosse giunto a tale da esser preclusa la proposta della prescrizione da una sentenza, che non sia la definitiva, i creditori possono opporsi di terzo alla sentenza medesima nel termine stabilito dall'art. 512 del Cod. di proc. civ.

Se poi il debitore o possessore han riconosciuto, fuori giudizio, il diritto del creditore o del proprietario, i creditori possono esercitare l' azione rivocatoria dell' atto, tanto più se oltre al riconoscimento vi si contenga anche l' esecuzione.

Cotesti diritti son riconosciuti non solo ai creditori, ma sono estesi a tutti gl' interessati, cioè a tutti coloro, che, invocando la prescrizione, liberano sè ed i loro beni da un obbligo o da un peso, o conseguono la soddisfazione di un credito o il mantenimento di altro diritto qualsiasi, tuttochè il debitore abbia rinunziato alla prescrizione. Tali possono essere i possessori, i condebitori solidali o indivisibili, i fideiussori, i garanti e gli aventi causa a titolo singolare.

21. Chi non può alienare, non può rinunziare alla prescrizione, dice l' articolo 2108 conformemente all' articolo del Codice francese.

Chi sieno gl' incapaci di alienare, non si appartiene al nostro lavoro indicare, rimettendoci a coloro che o ne trattano di proposito o ai commentarii del diritto civile, o al testo del Codice civile.

Notiamo, che gl' incapaci di alienare i quali nel corso di un giudizio abbiano espressamente o tacitamente rinunziato alla prescrizione possono, durante il medesimo, ritornando sopra i proprii passi, impugnare l' atto di rinunzia e domandando che non se ne tenga ragione, proporre la prescrizione. Ma pronunziata la sentenza e divenuta questa cosa giudicata, perdono ogni diritto a proporre la prescrizione che sarebbe diretta a scotere l' autorità della cosa

giudicata, come altrove si è avvertito, salvo ogni loro ragione contro i rappresentanti.

Se l' atto di rinunzia espressa o tacita è avvenuto fuori giudizio possono gl' incapaci domandarne la nullità con azione principale, giusta l' art. 1300, facendone cancellare tutti gli effetti.

22. Non pare a molti giustificato il principio così assoluto del Codice, che chi non può alienare non possa rinunziare alla prescrizione, perchè questa non operando di pieno diritto, ma *ope exceptionis*, il rinunziarvi non importa rinunzia ad un diritto acquistato, già formante parte del nostro patrimonio.

La quale osservazione ci fa sentire l' obbligo di esaminare accuratamente, quale sia il significato delle proposizioni, *la prescrizione si opera di diritto; la prescrizione opera ope exceptionis*, e che di vero siavi nell' una e nell' altra proposizione, perchè non solo ciò serve a fermare la dottrina del Codice, ma anche per gli effetti pratici, che può spiegare sopra alquante importanti quistioni.

Dall' esame già fatto e dal ricordo degli art. 710, 1236, 2105, 2106, 2108, 2112 deriva, che scorso il termine stabilito dalla legge per la prescrizione col concorso delle condizioni da essa disposte, la proprietà ed i diritti sulle cose, e la libertà delle cose e delle persone sono, rispettivamente, acquistate ed ottenute. Il termine è perentorio; non può essere prorogato nè dalle parti nè dal giudice. L' una delle parti, per virtù di legge, scaduto il termine, è investita del diritto, l' altra ne è spogliata, senza che vi sia necessità o di una dimanda o di un giudizio. Il che importa, che di pieno diritto si operi la prescrizione per virtù della sola legge, e nell' operarsi *ipso jure*, anche *ipso jure* scaturiscono tutti gli effetti dell' acquisto o della perdita di un diritto.

Ed è perciò, che chi non può alienare, non può rinunziare alla prescrizione, cioè al diritto mediante la medesima già acquistato, ed è perciò che si concede l' azione surrogatoria e rivocatoria per frode ai creditori e a tutti gl'interessati, non trattandosi di una

speranza o di un diritto *in fieri*, ma di un diritto che forma già parte del patrimonio del debitore o del possessore. Le quali due disposizioni sarebbero contrarie ad ogni ragion giuridica, se la prescrizione non producesse *ipso jure* l' acquisto o la perdita del diritto.

Accade non pertanto che colui, il cui diritto si è già estinto per prescrizione, si avvisi ad esercitarlo, di fatto fuori giudizio, o in giudizio mediante azione reale o personale secondo la natura del diritto. A modo di esempio: il proprietario del fondo, cui era dovuta la servitù di prospetto sul fondo del vicino, estinta pel non uso, si fa nuovamente ad esercitarla, riaprendo la finestra: l' antico proprietario, che ha perduto la proprietà di un immobile da altri legittimamente goduto per trent' anni, od il creditore, il cui credito è estinto per aver trascurato di domandarlo fra trent' anni dalla scadenza, si fanno ad istituire la rispettiva azione reale o personale.

Nel primo caso il proprietario del fondo serviente, se omette l' azione possessoria, può proporre l' azione *negatoria servitutis* nel fine di far dichiarare già estinta la servitù di prospetto di pieno diritto pel non uso durante il termine di trent' anni. E qualora, non servendosi nè dell'azione possessoria nè della petitoria, lasciasse nel pieno possesso della servitù il proprietario del fondo dominante per lo spazio di altri trent' anni, costui ne avrebbe di nuovo acquistato il diritto che già si era estinto.

Nel secondo caso, contro l' azione reale o personale se non si propone la prescrizione, il giudice non può supplirla. Ciò esige la moderna procedura, la quale non riconosce nei giudizii civili un diritto d' inquisizione sino a poter autorizzare il giudice a promuovere di uffizio eccezioni che non sieno di pubblico diritto e delle quali possono valersi solo le parti.

Non è già, che il nuovo proprietario ed il debitore già liberati per prescrizione, non proponendo la prescrizione o rinunziandovi espressamente o tacitamente, trasmettano nell' antico proprietario o nell' antico creditore quel diritto che era già divenuto loro

per effetto dell' acquisto avvenuto o dell' estinzione verificata: invece si reputa di non essersi, rispettivamente, nè perduto nè acquistato il diritto, nè estinto il credito nè l' obbligazione.

Avviene in materia di prescrizione come nelle successioni. Il successibile legittimo o testamentario, all' apertura della successione, diventa *ipso jure*, di pien diritto, proprietario e possessore; ma se egli lascia trascorrere trent' anni senza accettar l' eredità o pure vi rinunzia, si reputa di non essere stato mai erede, cioè di non essere stato mai proprietario o possessore dell' eredità (articoli 923, 925, 933, 945).

E siccome l' acquisto *ipso jure* dell' eredità fa parte del patrimonio del rinunziante, così l' art. 949 stabilisce, che i creditori di colui che rinunzia ad un' eredità in pregiudizio dei loro diritti, possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore. In questo caso la rinunzia è annullata non in favore dell' erede che ha rinunziato, ma solamente a vantaggio dei suoi creditori e per la concorrenza dei loro crediti. E ciò difformemente dal diritto romano, secondo il quale, l' eredità, non acquistandosi *ipso jure*, non costituiva frode il non acquistarla mediante la rinunzia alla medesima.

Nell' art. 340 del Cod. di proc. civ. in materia affine alla prescrizione è scritto: « La perenzione si opera di diritto. Quando voglia continuarsi l' istanza, chi intende approfittare della perenzione deve proporla espressamente prima di ogni altra difesa, altrimenti si ritiene che vi abbia rinunziato ».

Anche la perenzione è stata introdotta per un pubblico interesse, porre cioè termine alle liti il più brevemente che si possa, onde, decorsi tre anni dall' ultimo atto, l' istanza è perenta; ma se le parti non vogliono valersi della perenzione, essa sebbene si operi di dritto, si ha come non si fosse mai verificata.

È lo stesso della prescrizione. Il dominio, la servitù si è acquistata *ipso jure* mediante la prescrizione: il diritto alla servitù ed al credito si è anche *ipso jure* estinto per prescrizione. Ma, se chi ha acquistato

o chi ha perduto non si valgono della prescrizione, essa si ha come non fosse mai esistita, e non abbia prodotto alcun effetto giuridico.

23. Estinto il diritto, estinta l'azione per prescrizione, sarà superstite una obbligazion naturale?

Che s' intende per obbligazion naturale?

La legge ne usa la frase nell' art. 1237: La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte.

Chi volesse, oggi, ricondurci alle obbligazioni naturali, quali si riconoscevano nel diritto romano, si sbaglierebbe; esse sono state irrevocabilmente sepolte dal cambiamento di legislazione.

Per noi, le obbligazioni naturali son quelle che la natura impone a tutti gli uomini, le quali si comprendono tutte nell' *honeste vivere*, doveri imperfetti, doveri di coscienza, per i quali la legge non accorda azione veruna, ma se sono volontariamente adempiti senza che siavi stato frode o dolo, e l' adempiente non sia minore di età, interdetto o inabilitato, non vi è luogo a pentimento.

Tale sarebbe il caso del perdente che soddisfi volontariamente un debito di gioco (art. 1804); o del debitore che paghi interessi non convenuti, o in una misura eccedente la convenuta (art. 1830); e tale sarebbe il non valersi della prescrizione, riconoscendo volontariamente il diritto altrui.

La dottrina del Codice civile si può dunque riassumere nelle tre proposizioni seguenti.

La estinzione e l' acquisto dei diritti mediante prescrizione si opera di pieno diritto, scaduto che sia il tempo necessario per acquistarla senza che sia dimandata.

Libertà assoluta di valersi o non valersi della prescrizione, concessa solo a colui a cui vantaggio si è già operata l' estinzione o l' acquisto. Se non se ne avvale, l' acquisto e la perdita del diritto si ha come non vi sia stata mai.

Limiti di tale libertà sono: la incapacità di rinunziare e la offesa del diritto dei terzi, però nel solo loro interesse.

CAPO PRIMO

IL TEMPO.

SOMMARIO

24. Il mese è sempre di trenta giorni nelle prescrizioni, che si compiono a mesi — 25. L'ultimo giorno del termine si computa per intero — 26. Il primo giorno del termine non fa parte del termine utile — 27. Tutti i giorni festivi, compreso l'ultimo, son computati nel termine.

24. Il tempo è parte integrante delle condizioni necessarie per la prescrizione estintiva ed acquisitiva. Esso si misura secondo il Calendario gregoriano, salvo eccezione. Ed un' eccezione vi è, in materia di prescrizione, in quanto al mese, dicendosi nel secondo comma dell' art. 2133: Nelle prescrizioni che si compiono a mesi, si computa sempre il mese di trenta giorni.

È una disposizione, che non è nel Codice francese, venutaci dal Codice Albertino.

Il Senato di Piemonte osservando, che tale disposizione potesse dar luogo ad inconvenienti nella pratica e tra persone imperite, propose la seguente compilazione:

Le prescrizioni che si compiono a mesi si calendano dal giorno del mese, in cui ebbero principio fino ad eguale e corrispondente giorno del mese, in cui si compiono.

Ma la Commissione rispose; che la disposizione avesse il vantaggio di stabilire una regola uniforme per tutti i casi, nei quali la prescrizione si computa a mesi; togliesse i dubbii, che l'ineguaglianza dei mesi secondo il Calendario fa nascere in fatto di termini, e che più volte insorsero nell' applicazione del Codice francese, ove una tale determinazione non esiste; togliesse altresì tale disposizione l'occasione di conflitto fra i varii testi della legge. Siffatti vantaggi sono di tal natura da poter essere risentiti dalle stesse persone idiote. E conchiuse non iscorgere che la disposizione

potesse neppure intaccarsi dal lato di quegli inconvenienti che si temono rispetto a questa classe di persone (1).

Con ciò seguivasi il diritto romano, secondo che dimostra il Savigny coll' enumerazione di varii testi, appartenenti ad epoche diversissime (2).

25. La prescrizione si computa a giorni *interi* e non ad ore (art. 2133), riproducendosi la disposizione della legge sesta, D. *De usurp.* (3), nella quale leggesi: *In usurpationibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.* Onde l' art. 2134 compie la disposizione dell' art. 2133, disponendo « Che la prescrizione si compie allo scadere dell' ultimo giorno del termine ». Il che risponde ad un bisogno pratico; imperocchè sarebbe stato difficile appurare l' ora precisa, nella quale si è cominciato o un possesso legittimo, o a non usare di un diritto, o è nato il diritto di agire.

Lo stesso bisogno pratico impone di determinare il termine *a quo*, essendosi la legge limitata a designare il termine *ad quem* nel quale si compie la prescrizione. E fu chiaramente designato questo termine per emendare uno sconcio dell' antica giurisprudenza francese.

Pigliando argomento da alcune disposizioni del diritto romano, essa riteneva, che l' ultimo giorno del termine dovesse computarsi nelle sole prescrizioni estintive e non già nelle acquisitive con giusto titolo e buona fede, compiendosi la usucapione al cominciar dell' ultimo giorno del termine (4).

---

(1) Motivi sul Codice, p. 744.

(2) L. 11, § 6; L. 29. § 5, ad L. Juliam de adult. 48, 5; L. 1, § 10 ad Senat. Turp., 48, 16; L. 22, § 2, de jure delib., 6, 30, ravvicinata al § 11 detta legge; Novella, 115, cap. 2.

(3) 41, 3.

(4) L. 6, D. *De usuc.;* L. 15; D. *De diver. et tempor. praesc.*: L. 6, D. *De act. et oblig.*

Si credette ravvisar la ragione della differenza nel bisogno di doversi favorire il possessore di buona fede ed aggravare la condizione del proprietario e del creditore, che avendo trascurato di agire, dovessero pagare il fio della loro negligenza. Per la qual cosa bene osservò il Bigot-Préamenau nella esposizione dei motivi al corpo legislativo francese; che il proprietario contro il quale si prescrive, dovesse essere riguardato al pari del creditore contro il quale si prescrive il debito; per cui fosse più giusto e più semplice stabilire, che la prescrizione non fosse in alcun caso acquistata, se non quando fosse spirato l'ultimo giorno del termine.

26. La parola *interi* che non è nel Codice francese, aggiunta nell' articolo a quella di *giorni*, ha la sua storia.

Il Tibaut (1), commentando l'articolo conforme del Codice francese, 2260, si esprime così: Il Codice contiene la breve e saggia determinazione che debbesi calcolare per intero il giorno *nel quale ricade l'ora della prescrizione*, e che la fine di questo si protrae fino all'ultimo minuto.

Merlin (2) sostiene, che il primo giorno sebbene incompleto, conti per la prescrizione, ed è seguito da una sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 27 ottobre 1834 (3).

Si faceva non pertanto osservare, che dopo il XV secolo l'uso era contrario al diritto romano, onde Dumolin ebbe a dire, *de desuetudine comuniter observatur, quod dies a quo praefigitur terminus, non computatur in termino.*

Il Troplong ha risposto lungamente al Merlin con una dissertazione, nella quale ha fatto una minuta storia della quistione (4).

Duranton (5) fa distinzione tra la prescrizione acquisitiva ed

(1) Dottrina del Codice civile francese, § 258,

(2) Rep. *Prescrip.*, 17, p. 484

(3) *Pasicrisie*, 1834, I, 810.

(4) *Trattato dei privilegi ed ipoteche*, n. 293 e seg.; *Trattato della prescrizione*, n. 812.

(5) N. 338.

estintiva, computando nel termine a favore del possessore il primo giorno dal possesso, qualunque sia l'ora del suo principio, e non computandolo nella prescrizione estintiva, perchè il giorno della scadenza del debito appartiene tutto al debitore (L. 42 *de verb. oblig.*), non potendo il creditore agire che il giorno seguente alla scadenza.

Marcadé (1) dimostra essere arbitraria questa distinzione, non essendovi regole diverse per le due prescrizioni.

Il Codice italiano ha fatto venir meno la quistione, aggiungendo la parola *intero* a quella di giorno. Il che importa, che tanto nella prescrizione estintiva che nell'acquisitiva, non si deve computare nel termine quel giorno in una ora del quale abbia avuto cominciamento il non uso, o il possesso. Misurandosi il tempo a giorni interi e non ad ore, non si può computare per giorno intero che quello nel quale il non uso o il possesso abbia avuto principio al momento successivo allo scader della mezzanotte del giorno precedente. A modo di esempio: Scade il debito a 31 dicembre; il debitore può pagare sino alla mezzanotte del 31 dicembre. Il creditore può cominciare ad agire il momento successivo allo scadere della mezzanotte del 31 dicembre; onde il 1° gennaio si computa nel termine utile per la prescrizione. È incominciato il possesso in un'ora del 31 dicembre; la quale s'ignora quale sia ed è difficile che esso sia avvenuto al momento preciso che succede allo scadere della mezzanotte del 30 dicembre. Sicchè, non dimostrandosi di essersi posseduto per l'intero giorno 31, cioè a dire dal primo momento successivo alla mezzanotte del 30 dicembre in poi il giorno 31 non si computa nel termine; questo deve principiare al 1° gennaio.

27. Si deve computare l'ultimo giorno del termine, se cade in giorno festivo?

---

(1) Sull'art. 2261. Sono della stessa opinione Vazeille, n. 317; Toullier, t. 13, n. 54; Delvincourt e Laurent, n. 352.

Secondo il Codice italiano i giorni festivi sono computati nei termini stabiliti dalle leggi, o dalle parti, o dal giudice. L' art. 43 del Cod. di proc. stabilisce in termini generalissimi: « I giorni festivi si computano nei termini ». E l'art. 42 dello stesso Codice permette di fare nei giorni festivi gli atti di citazione e di notificazione, qualunque sia la natura dell' atto notificato, ed, in caso di urgenza, con permissione del pretore, anche gli atti di esecuzione.

Se tutti i giorni festivi si computano nel tempo utile per la prescrizione, non vi è dunque ragione da escluderne l'ultimo giorno del termine, che sia festivo.

Il Codice piemontese dispone:

« Se nondimeno l'ultimo giorno sia festivo, la prescrizione non si compie, se non nel giorno che segue immediatamente ».

Questa stessa clausola leggevasi nel primo progetto del Codice italiano (progetto Cassinis), ma il Codice italiano ragionevolmente l'ha omessa.

Il tempo necessario per la prescrizione è continuo; se non che la legge per alcune cause determinate ne sospende il corso; nel qual caso si deve dedurre dal computo del tempo quello durante il quale la legge sospende il corso della prescrizione; ma di ciò ragioneremo in prosieguo.

CAPO SECONDO

DEL COMINCIAMENTO DELLA PRESCRIZIONE.

SOMMARIO

28. Spiegazione del soggetto del capitolo—29. La prescrizione comincia a correre quando nasce l'azione — 30. Esame della disposizione del Codice che presuppone tal principio—31. Esame dell'altro principio, *actio non dum nata toties praescribitur quoties nativitas est in potestate creditoris* — 32. Esame della quistione se l'azione reale il cui esercizio è sospeso da condizione o

28. Non bisogna fraintendere il soggetto di questo capitolo. Quali diritti e conseguenti azioni si possono estinguere per prescrizione e quali diritti e conseguenti azioni si possono mediante la medesima acquistare, è un importante argomento, del quale ragioneremo in un capitolo a parte. Quì, supponendo che un diritto od un'azione sia soggetto a prescrizione estintiva o acquisitiva, studiamo quando la prescrizione comincia ad avere il suo corso.

Allorchè un diritto si è estinto o si è acquistato per prescrizione, ed i proprietarii o creditori, i possessori o debitori, col rispettivo silenzio, riconoscono di fatto il cangiamento del dritto, avvenuto per mezzo della prescrizione, è frustranea cosa l'andare investigando il giorno, nel quale la prescrizione ha principiato ed ha compiuto il suo corso.

L'utilità dell' indagine comincia, quando il proprietario o il creditore che han perduto il diritto, credendo che la prescrizione non lo abbia estinto, o che il possessore o il debitore non se ne valga, istituiscono l'azione reale o personale. Proposta, contro le loro previsioni, la prescrizione, sorge la quistione, in qual giorno sia co-

minciata a correre. Per cui soggetto dello studio del presente capitolo è di determinare con precisione il giorno, nel quale la prescrizione ha potuto avere il suo cominciamento, non comprendendo nel computo del termine quello *a quo* come si è ragionato nel precedente capitolo.

29. La legge 1 del Cod., *de praescr. XXX vel XL ann.*, VII, 39, e la legge 1 del Cod. *de annali except.*, VII, 40, stabiliscono che la vita dell' azione comincia quando essa è nata: *ex quo* JURE *competere caeperunt, vivendi non habeant facultatem... Ex quo actionem movere poterit. Quis enim incusare eos potuerit, si hoc non fecerint, quod minime adimplere* VALEBANT?.. *Ex quo ab initio competit, et semel nata est.* Da queste due leggi fu tratta la nota massima: « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* »; il cui significato si è che la prescrizione comincia il suo corso quando nasce il diritto di agire.

Il Duca Carlo Emmanuele I di Savoia nell' anno 1598 scrisse in una costituzione, che il computo della prescrizione avesse da farsi dal giorno che nacquero le azioni personali e reali, e che poterono sperimentarsi, e il nostro S. R. Consiglio nella famosa prammatica del 1742 si espresse colla formola: « *ideoque lapsu triginta annorum* A DIE NATAE ACTIONIS, *ac deductis temporibus deducentis* (derivanti da cause sospensive) *legittima praescriptione recte uti posse.*

Allontanandosi dal suo primigenio significato si è molto estesa l' applicazione della massima, così prima della pubblicazione del Codice Napoleone che posteriormente; e non mancano esempii di scrittori e di giurisprudenza che anche oggi l'applicano oltre misura. Onde vi ritorneremo sopra sotto il capitolo delle cause sospensive della prescrizione.

30. Il Codice non ha espresso siffatto principio, ma lo presuppone, informandone le disposizioni speciali, nelle quali occorra. È notevole sul proposito l' art. 2120, ove, fra l' altro, leggesi:

Le prescrizioni non corrono:

Riguardo ai *diritti* condizionali, sino a che la condizione non sia verificata.

Riguardo ad ogni altra azione, il cui esercizio è sospeso da un termine, sino a che il termine non sia scaduto.

Riguardo alle azioni in garentia sino a che non abbia avuto luogo l'evizione.

Con tale articolo si è modificato l'art. 2257 del Cod. franc., nel quale leggesi:

Riguardo ad *un credito* dipendente da qualche condizione.

Riguardo ad un credito a tempo determinato sino a che sia giunto tal tempo.

La modificazione è stata consigliata dalla considerazione, che non solo i crediti, la cui esistenza dipende da una condizione sospensiva, o la cui esecuzione è ritardata da un termine, non possono cominciare a prescriversi finchè la condizione non si sia verificata o il termine non sia scaduto, ma anche tutti i diritti reali e personali soggetti a prescrizione, per i quali la condizione o il termine ha impedito il nascimento del diritto di agire.

Così il legatario di un immobile, di un diritto reale o di un credito sotto la condizione di conseguire la cosa legata nel momento che celebrasse un matrimonio legittimo, e da consegnarglisi senza frutto, o interesse dopo due anni dalla celebrazione, acquista il diritto, celebrato che avrà il matrimonio, *dies cedit*, e il diritto di agire per la consegna, dopo due anni da esso, *dies venit*.

Non bisogna confondere la condizione sospensiva col termine. L'avveramento della condizione fa nascere il diritto; il termine ritarda l'esecuzione del diritto già nato. Alla condizione può aggiungersi anche il termine, come nell'esempio sopra allegato; per cui la proprietà di linguaggio scientifica e giuridica consiste nel dire « la prescrizione comincia a correre, quando è nato il diritto di agire sulle cose o sulle persone ».

31. Nell'antica scuola gl'interpetri hanno aggiunto a chiarimento e compimento del detto principio l'altro, *actio non dum nata toties praescribitur, quoties nativitas est in potestate creditoris*, quando cioè il sorgere dell'azione dipende dalla nuda volontà del-

l'avente diritto, come per esempio *si voluero*, *cum voluero*, per qualunque decorrimento di tempo. L'azione, che si può far vivere se si vuole o quando si vuole, si deve ritenere come un'azione che già sia viva, e l'inazione rispetto ad essa non può produrre una conseguenza diversa da quella, che deriva dal trascurare l'esercizio di un'azione già nata. Questa osservazione risponde a tutte le critiche che si son fatte alla massima dei glossatori. Coloro, che la respingono, son costretti a darle un significato più largo di quello che deve avere. Se la libertà di agire del proprietario o del creditore dipenda da un fatto che costoro, non sempre che vogliono, possono far verificare, la massima non può essere invocata. Così il debitore può sempre pagare, ma non è nel suo arbitrio di avere il danaro necessario per fare il pagamento. Ma quando l'azione può nascere in qualunque momento, a mero beneplacito del proprietario o del creditore, costoro debbono esercitarla nel periodo di trent'anni, altrimenti è prescritta.

Per esser completi, prima di passar oltre, notiamo ancora, che il Codice francese ha un Capitolo, *Delle cause, che interrompono o sospendono il corso della prescrizione*, e lo ha distribuito in due sezioni, l'una, *Delle cause che interrompono la prescrizione,* e l'altra, *Delle cause che ne interrompono il corso,* nella quale si pone l'articolo 2257: invece il Codice italiano lo colloca sotto il Capitolo « Delle cause che impediscono o sospendono il corso della prescrizione ». Il metodo seguito dal Codice italiano è più perfetto del francese, perchè la inesistenza legittima del diritto di agire può impedire o sospendere, non interrompere il corso della prescrizione. E siccome essa può impedirne il cominciamento o sospenderne il corso, così abbiam creduto più conveniente trattarne nella determinazione del tempo, in cui la prescrizione deve cominciare il suo corso.

32. Sorge qui una gravissima quistione, risoluta nel diritto romano, agitata vivamente nella scuola e giurisprudenza francese, risoluta nel Codice italiano e non da tutti ben intesa: essa riguarda il diritto dei terzi, è può formularsi così:

La prescrizione dell' azione reale, il cui esercizio è sospeso da condizione o da termine corre o pur no contro i terzi possessori finchè non è purificata la condizione, o è scaduto il termine?

A) La legge 7 Cod., § 4, *de praescr. XXX vel XL ann.*, stabilisce, che nelle obbligazioni condizionali o a termine, le azioni *ipotecarie* e le *personali* INITIUM ACCIPIUNT dopo l'esito della condizione, o il decorso del termine certo o incerto. La prescrizione adunque dell'azione *ipotecaria*, che è reale, è eguagliata alla personale: esse non cominciano a correre che dal giorno dell' avvenimento della condizione o della scadenza del termine.

Nella legge 3, § 3, Cod. *Communia de legatis*, 6, 43, con soprabbondanza di linguaggio e ripetizione d' idee si stabilisce, che il legatario e il fedecommessario hanno licenza di *rem vindicare, et sibi assegnare, nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo*, quando la condizione si è compiuta; nel quale caso *ab initio causa* (la vendita) *in irritum revocetur et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata, ut nec usucapio, nec longi temporis praescriptio contra legatarium, nec fideicommissarium procedat.*

B) La dottrina del diritto romano non fu ricevuta in tutti i paesi della Francia rispetto all'azione ipotecaria; poichè si diceva, che, anche prima della escussione del debitor principale e dei fideiussori, cosa voluta dal diritto e che sospendeva l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, avrebbesi potuto conservarla contro i medesimi con l' *azione d' interruzione d' ipoteca*, nuovo trovato per giustificare il nuovo principio. Ed alcuni giuristi più arditi, nel fine di svincolare la proprietà immobiliare, assunsero, che l' usucapione tanto *longissimi* quanto *longi temporis* corresse a vantaggio del possessore non ostante che il diritto del proprietario o del creditore fosse sospeso da termine o da condizione, potendo nel frattempo interrompersi con atti conservativi.

L' art. 2257 del Codice francese, nel modo come è compilato, lungi di estinguere ha resa più viva la quistione. La scuola è divisa, proponendo nella sua gran maggioranza a favore dei terzi

possessori; la giurisprudenza è pur essa divisa, ma segue per lo più i principii del diritto romano. Coloro i quali mirano alla certezza della proprietà e dei diritti reali, si fondano sulla parola *credito* usata nell'art. 2257, il cui significato non potendosi estendere, senza arbitrio, ai diritti ed alle azioni reali, la sospensione del corso della prescrizione non si può riferire alla prescrizione acquisitiva. Altri per contrario, comprendendo nella espressione generica *credito* ogni *diritto*, applicano la sospensione anche alle azioni reali, perchè quando non vi è diritto di agire contro il terzo possessore, non si può imputare di negligenza quel proprietario o creditore che non poteva istituire contro il medesimo l'azione revindicatoria o ipotecaria.

C) In Piemonte fu ampiamente discussa la quistione del momento, dal quale dovesse cominciar la prescrizione rispetto ai terzi. Il guardasigilli disse: esser richiesto dall'interesse pubblico, che le proprietà sieno una volta certe. Si sono fissati nel progetto termini equi, entro i quali tutti abbiano il campo di esperire i loro diritti, ma deve giungere finalmente un tempo, in cui il possessore non possa più essere inquietato.

La massima non è nuova in legislazione, essendo quella del diritto romano, che stabiliva la prescrizione centenaria, decorsa la quale non poteva più essere mossa alcuna azione. Se nulla si dicesse nel Codice, rimarrebbe tolta anche questa prescrizione di cento anni, e si tornerebbe addietro a ciò che è ammesso da lunghissimo tempo. Un termine finale è dunque necessario, e la quistione non può sussistere che nel renderlo maggiore o minore. Rispetto al debitore, è giusto, che la prescrizione non corra contro le persone contemplate nei presenti articoli, ma pel terzo possessore che non è tenuto personalmente al debito, è giusto di fissare un termine che decorra contro tutti.

L'opinante pone quindi per base, che la disposizione a darsi debba aver luogo soltanto a favore del terzo possessore. In quanto poi al termine, opina di fissarlo agli anni sessanta, il quale pe-

riodo di tempo gli pare sufficiente, considerate le varie cause che possono sospendere la prescrizione. Per la moglie, quando fosse stato alienato il fondo *dotale* o quello *specialmente ipotecato* per la dote la prescrizione non corre durante il matrimonio, ma è assai raro il caso, che un matrimonio duri sessanta anni. La minore età dura per anni ventuno: è ben difficile che vi sia una successività di minori, e che inoltre il diritto o l'azione sia deferto quando hanno appena un anno di vita. L'assenza dallo Stato per regio servizio è difficile certamente che duri per sessanta anni. Per crediti non ancora esigibili è difficile, che la mora sia più lunga di trenta anni. Rimangono le rendite ossia censi. Per i medesimi è già stabilito, che nascerà azione pel riscatto in caso di fallimento del debitore, questi potrà essere astretto a somministrare un nuovo titolo al creditore dopo ventotto anni. Finalmente il creditore potrà chiamare in giudizio il terzo detentore dei beni per far dichiarare sussistente l'ipoteca. Si sono quindi dati tutti i mezzi e dopo sessanta anni è giusto, che il terzo possessore possa essere tranquillo.

Termina con dire, che il danno deve cadere sul credito o sul terzo possessore, e fra i due pare che chi ha posseduto per sessanta anni, deve prevalere a chi non ha mai esperito i suoi diritti pendente tutto questo tempo. Il supporre nel terzo possessore una colpa o una negligenza è una pura ipotesi, che può essere applicata del pari al creditore. Per queste considerazioni opina una disposizione, per cui si stabilisca, *che le cause di sospensione della prescrizione non potranno essere opposte* a chi ha per sè un possesso di sessanta anni.

Accettata la proposta del guardasigilli si formulò l' art. 2396 così: « Le cause, che sospendono il corso della prescrizione ai termini dei precedenti articoli non possono essere opposte al terzo possessore, che ha per sè un possesso non interrotto di anni sessanta (1) ».

D) È questo il più completo commento del Codice italiano, il

---

(1) Motivi del Codice albertino, p. 748.

quale perfezionando l' ordinamento e la locuzione degli articoli del Codice albertino, e riducendo il termine a trent' anni, ha cercato di arrecarvi la maggiore chiarezza e la più perfetta giustizia nell' interesse di tutti. Ciò non pertanto l' applicazione n' è stata varia per quella radicata consuetudine, che si ha con le vecchie dottrine, le quali, succhiate nei primi anni, diventano con noi consustanziali, di guisa che non entra più nella mente, che possano essere mutate o modificate, sicchè, non ostante la perspicuità e l' evidente progresso delle novelle disposizioni legislative si cerca, quasi inconsciamente, il modo come annullarne o restringere il significato.

Incomincia dunque il Codice italiano a disporre che la prescrizione non corre, riguardo ai diritti condizionali e ad ogni altra azione, il cui esercizio è sospeso da un termine, finchè la condizione non sia verificata, o il termine non sia scaduto (1). Il che importa di non correre la prescrizione non solo per i diritti e le azioni personali mobiliari, ma anche per le azioni personali immobiliari, o assolutamente reali. Onde il legatario di una somma di danaro, di un mobile, tale per natura, o di un immobile, il cui diritto è sospeso da una condizione o la cui azione è ritardata da un termine, può esercitare fra trent'anni l'azione e contro l'erede e contro il terzo possessore, a computare dal giorno nel quale la condizione si è adempita o il termine è scaduto. Del pari il venditore, che ha ottenuto la risoluzione del contratto contro il compratore per ragioni diverse da quelle stabilite nell' art. 1511, ha il diritto di far valere il giudicato contro il compratore fra trent' anni, dacchè è stato pronunziato; e fra trent' anni può molestare anche il terzo possessore, a computare dal dì in cui è nata nel venditore l' azione di risoluzione nello sperimento della quale contro il compratore non ha avuto l' accorgimento di citarvi anche il terzo possessore. Insomma l' art. 2120

(1) Dispone anche intorno ad altre materie delle quali discorreremo successivamente, per maggior chiarezza.

riproduce la dottrina romana, dando unica norma pel cominciamento della prescrizione estintiva ed acquisitiva.

Ma l' articolo seguente, risolvendo la tanto agitata quistione, conformemente al Codice Albertino, ne restringe l' applicazione rispetto ai terzi possessori, che mediante la prescrizione di trent' anni abbiano acquistato la proprietà di un immobile o diritti reali sul medesimo. Ed affinchè non possa in alcuna guisa essere offeso il diritto di coloro che contro il possessore non abbiano potuto agire, perchè il loro diritto era sospeso da condizione o da termine, l' art. 2126 concede loro la facoltà d' interrompere la prescrizione all' oggetto di far dichiarare la sussistenza del diritto; cioè dominio utile, ipoteca, per i quali si può agire contro i terzi possessori di un immobile.

Laonde il legatario di un immobile, che non può agire contro l' erede, perchè il suo diritto è sospeso da termine o da condizione, perde ogni diritto contro il terzo possessore, cui l' erede abbia alienato l' immobile, o un diritto sul medesimo, se sono trascorsi trent' anni dal giorno dell' alienazione e non abbia interrotto la prescrizione, giusta l' art. 2126.

Il donante, il quale ha ottenuto la risoluzione della donazione, per essersi verificata la condizione, giusta l' art. 1079 o per essersi verificata la riversione degli effetti donati (art. 1071, 1072), non può revindicare l' immobile dal terzo possessore o fare annullare i diritti sul medesimo, se sieno decorsi trent' anni dal dì di un possesso legittimo.

Non moltiplichiamo esempi, perchè la cosa ci pare abbastanza chiara.

33. Il Pugliese, autore recente di un contratto sulla *Prescrizione acquisitiva ed estintiva*, dà una restrittiva interpetrazione agli art. 2120, 2121 e 2126, che se fosse accettata, ridurrebbe quasi a nulla il beneficio, che alla certezza dell' acquisto della proprietà e dei diritti sulla medesima avrebbe dovuto provvenire dai men-

tovati articoli. Siamo convinti che la interpetrazione ne sia fallace e per renderne evidente la dimostrazione, cominceremo dagli esempii, risalendo, col far poi una sintesi, ai principii direttivi.

34. Il legatario, il donante, il venditore di un immobile sotto condizione sospensiva sono divenuti proprietarii, per essersi già verificata la condizione. Intanto l'erede, il donatario, il compratore, che ne sono tuttavia i possessori, alienano l'immobile, e l'acquirente, trascritto il titolo di acquisto, lo possiede in buona fede per dieci anni. Decorsi questi dieci anni dalla trascrizione del titolo e del possesso, il legatario, il donante od il venditore propongono domanda di revindicazione contro il possessore, il quale oppone la prescrizione. L'acquirente, che ha acquistato a *non domino*, perchè nel momento dell'acquisto la condizione si era già verificata, avuto riguardo al giusto titolo trascritto ed al possesso di dieci anni in buona fede, ha ben proposta l'eccezione della prescrizione.

35. Facciamo un passo più innanzi. Il legatario, il donante, il venditore, verificata la condizione, propongono l'azione di rilascio dell'immobile contro l'erede, il donatario o il compratore, che ne sono i possessori: ma costoro, durante il giudizio, alienano l'immobile litigioso, e chi l'acquista è in perfetta buona fede, ignorando il giudizio pendente. Vinto il giudizio, il legatario, il donante o il venditore si dirigono contro il terzo possessore dell'immobile il quale oppone loro la prescrizione di dieci anni, decorsi senza interruzione dal dì della trascrizione del titolo e del possesso, la quale prescrizione non vi è ragione che non sia accolta (art. 439).

36. La condizione non si è ancor verificata, ed intanto l'erede, il donatario, il compratore alienano l'immobile e chi l'acquista, è in buona fede, ignorando la condizione, e non manca di trascrivere il titolo. La condizione si adempie dopo *cinque* anni dall'acquisto. Non prima di *sedici* anni dal medesimo, il legatario, il donante o il venditore propongono l'azione di revindicazione contro il terzo possessore. Questi oppone la prescrizione decennale,

perchè, dedotti i cinque anni, durante i quali la prescrizione non poteva correre, essendo il diritto di agire sospeso da condizione, n' erano decorsi altri dieci dal dì in cui era nato il diritto di agire per la verificata condizione, sufficienti ad acquistare la proprietà per prescrizione. Gli art. 2120 e 2121 non possono ostacolarla, perchè il possessore ne deduce il tempo, durante il quale gli attori non potevano agire, e l' art. 2121 si applica quando il possessore volesse computare eziandio il tempo dell' impedimento. Se per contrario, gli attori, invece di quindici anni dalla verificata condizione, ne avessero promossa l' azione dopo quattordici, la prescrizione decennale non potrebbe ammettersi, perchè, dedotto il periodo dei primi cinque anni, durata dell' impedimento, il possessore non avrebbe che un possesso di soli nove anni, e se non si deducono i primi cinque anni, non si potrebbe applicare l'art. 2121 che ammette in tal caso la sola prescrizione di trent' anni.

37. Supponiamo da ultimo, che la condizione si verifichi dopo trent' anni, dacchè l' erede, il donatario, il compratore abbiano alienato l' immobile, e l' acquirente l' abbia posseduto legittimamente durante detto periodo di trent' anni dal dì dell' acquisto. L' azione di revindica promossa dal legatario, dal donante o dal venditore contro il possessore, è estinta per la prescrizione di trent'anni non interrotta nel modo stabilito dall' art. 2126.

Il Pugliese dice di no, e seguendo la dottrina romana, ragiona così: L' erede, il donatario, il compratore al momento dell' alienazione, essendo tuttavia pendente la condizione, sono i veri proprietarii dell' immobile, proprietarii rivocabili bensì, ma sempre proprietarii, e perciò l' acquirente ha fatto un valido e legittimo acquisto, e non ha bisogno di usucapione, perchè *res statim emptoris sit*, e non può più diventare suo quello che già è suo. E neppur potrebbe dirsi, che il diritto del legatario, del donante o del venditore, venisse offeso dall' alienazione compiuta dall' erede, dal donatario o dal compratore, perchè giuridicamente la proprietà si trasferisce da costoro nell' acquirente cogli stessi vincoli che aveva

prima dell' alienazione e quindi col carattere di *revocabilità*, che la colpiva presso gli alienanti. Dal che discende, che, se la condizione manchi, cessata la causa della revocabilità, l'acquisto si convalida definitivamente, la proprietà dal terzo acquistata divenendo irrevocabile. Se poi la condizione si verifica, il legatario, il donante, il venditore acquistano *ipso jure* la proprietà, risolvendosi immediatamente quella che prima era dell' erede, del donatario o del compratore e del loro avente causa. Non vi è dunque luogo ad applicar la prescrizione.

38. Dissipiamo innanzi tutto un equivoco, che se s' infiltrasse nella discussione, non potrebbe far ben intendere in che consista la differenza di opinione tra noi e l' egregio scrittore. Se l' erede, il donatario o il compratore avessero alienato l' immobile col patto che, verificandosi una determinata condizione, l'alienazione si risolvesse, la prescrizione sarebbe fuori di proposito proposta dall' acquirente, dovendo egli, come contraente, restituire l' immobile o agli alienanti o a chi essi avessero indicato, se si verificasse la condizione.

Il caso del quale disputiamo è quando l' alienazione sia pura e semplice, senza alcuna condizione, e l' acquirente abbia legittimamente goduto l' immobile per trent' anni, sì da acquistarne la proprietà, anche senza titolo.

Tutto il ragionamento del Pugliese sarebbe esattissimo, se non vi fossero gli art. 1170, 1161, 2121 e 2126. Nel momento nel quale si stipulava l' alienazione, l' erede, il donatario o il compratore eran proprietarii *rivocabili*, e validamente hanno alienato l'immobile, che è divenuto proprietà *rivocabile* del compratore, perchè niuno può trasferire diritti in una estensione maggiore di quella che egli abbia, nè l' acquirente ha bisogno di usucapire quello che è già divenuto suo, coll' obbligo inerente al contratto di restituire l' immobile se la condizione si fosse verificata, ancorchè, tale obbligo non essendogli stato imposto, il contratto fosse puro e semplice. Ma, la condizione adempita avendo effetto *retroattivo* al gior-

no, in cui è contratta l'obbligazione dell'erede, del donatario o del compratore, costoro cessarono di essere proprietarii precedentemente all'alienazione. Onde l'acquirente, avendo, in tal caso, comprato a *non domino,* ha bisogno della prescrizione per consolidare la proprietà dell'immobile, che aveva cessato di essere del suo autore quando egli ne diveniva acquirente. È questa la conseguenza dell'avveramento di ogni condizione sospensiva, che il *post factum* si reputa *ante factum* nel momento stesso che la obbligazione si contrae. E la prescrizione vuol essere quella di trent'anni, giusta l'art. 2121, e non quella di dieci, per rispetto ai diritti dei veri proprietarii o creditori condizionali o a termine, ai quali oltre il prolungamento del termine della prescrizione si è dato il modo d'interromperne gli effetti, anche prima che si fosse la condizione verificata, o fosse il termine scaduto, giusta l'articolo 2121.

39. I più gravi vincoli alla proprietà provengono dal verificarsi le condizioni o dallo scadere di lunghi termini; sicchè si sono affaticate le scuole, ed i legislatori a trovar modo come rendere *personali* gli effetti dell'avveramento delle condizioni e della scadenza dei termini, togliendo loro la qualità di reali.

Il Codice italiano ha provveduto in parte a questo bisogno, coll'art. 1933, n. 3, col quale vien disposto, che le domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione indicate negli art. 1080, 1888, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787 non abbiano effetto rispetto ai terzi che dalla trascrizione della domanda.

Tutte le altre domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione hanno efficacia verso i terzi possessori, con titolo o senza titolo, in buona o in mala fede. Unico presidio contro l'effetto reale di siffatti vincoli è la prescrizione di trent'anni, ammessa dall'art. 2121. Sicchè, sconoscendola, si ritorna alla dottrina romana, nella quale il diritto dei terzi, vivo bisogno dei tempi moderni, non è molto riguardato; non si pone mente a tutto il lavorìo della scuola e della giurisprudenza francese sulla quistione,

ed alla transazione del Codice italiano, colla quale ha dichiarato personale l' effetto di alcune condizioni, e per quelle rimaste di effetto *reale*, ne ha fatto estinguere la realità colla prescrizione acquisitiva di trent' anni. Il Pugliese riconosce, che la prescrizione di trent' anni per virtù dell' articolo 2121 possa essere invocata dal possessore, il cui possesso abbia origine da un' usurpazione o da un non *domino* e non si accorge dello sconcio della teoria, secondo la quale verrebbe più favorito il possessore usurpatore o acquirente a non *domino*, tale sin dall' origine, che chi è acquirente da colui, che è reputato padrone prima dell' alienazione, ed ha cessato di esserlo per un fatto il cui effetto si è retrotratto ad un tempo anteriore all' alienazione. Nè si potrebbe invocare il principio, che sia migliore la condizione di colui che non abbia titolo di quello, che lo abbia e sia vizioso; perchè noi abbiamo supposto il caso di un acquirente puro e semplice, cui non si possa opporre una condizione contenuta nel suo titolo di acquisto, che lo leghi verso l'altro contraente.

40. Lo stesso egregio avvocato Pugliese prevede il caso, che l'erede, il donatario od il compratore abbiano alienato a vantaggio di più persone successivamente lo stesso immobile e dice doversi risolvere secondo le regole proprie della trascrizione. E dice giusto; ma qui nel caso preveduto e definito si tratta dell' acquisto di un immobile, alienato una volta sola dall' erede, dal donatario o dal compratore, e dei soli rapporti tra l' acquirente ed il legatario, il donante, e il venditore non aventi coll'acquirente alcun vincolo contrattuale e perciò regolati dalla sola legge.

Conseguente a sè stesso, il Pugliese applica lo stesso suo principio alla trasmissione dei diritti reali. Pongasi, egli dice, che l' erede, pendente la condizione, sotto la quale la cosa venne legata, conceda una servitù, un usufrutto, un' enfiteusi sopra la cosa medesima. Nessun dubbio pei già esposti principii, che egli abbia potestà di legittimamente ciò fare, e che quindi i concessionarii abbiano acquistati i suddetti diritti. Solo resta in sospeso, se l' ac-

quisto sia irrevocabile o se per converso si risolverà, verificandosi la condizione in forza della nota massima: « *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ». La quale massima è stata sancita in un caso speciale dall' art. 665 relative alle servitù concesse dall' enfiteuta, le quali si risolvono al cessar dell'enfiteusi.

E noi diamo al Pugliese la stessa risposta. Pendente la condizione, l'acquirente era proprietario *rivocabile*, col pericolo di cessare di esserlo se la condizione si fosse adempiuta. Verificata la condizione, l' effetto risalendo al tempo in cui il suo autore ebbe addossato il vincolo, questi quando alienava credeva ma non era il proprietario dell' immobile. L' acquirente che ha acquistato a non *domino*, per conservarne la proprietà, deve ricorrere alla prescrizione di trent' anni, giusta l'art. 2121.

L' art. 665 prevede il caso, che un enfiteuta, in tale qualità, conceda una servitù, e decide che la concessione sia temporanea, sicchè duri tanto quanto l' enfiteusi. Il domino diretto, durante l' enfiteusi, non ha diritto di agire per la nullità di quella concessione che non l' offende. Comincia la violazione del suo diritto, quando, estinguendosi l'enfiteusi, a lui ritorna il fondo.

La legge, per conciliare gl' interessi dell' enfiteuta, del concessionario della servitù e del domino diretto, ha considerato come *temporanea* la concessione, cessando coll'estinzione dell'enfiteusi.

41. Non si deve neanche ammettere la teorica della Corte di cassazione di Napoli contenuta nella sentenza del 21 dicembre 1877, che terzo possessore nel senso dell'articolo 2121 dovesse dirsi solo colui che in buona fede avesse acquistato un immobile con titolo abile a trasferire il dominio. Terzo possessore è anche colui che senza giusto titolo e senza buona fede abbia un possesso legittimo, che prolungato per trent'anni gli fa acquistar la proprietà dell' immobile per prescrizione. Ma, se la sentenza fu mal considerata, venne giustamente profferita, perchè il tribunale avea ritenuto il possessore come un *detentore* incapace ad acquistar la cosa per prescrizione.

42. Riassumendoci, diciamo, che il terzo possessore di un

immobile o di un diritto reale, il quale per lo spazio di trent'anni ne ha acquistato la proprietà o il diritto, non ha a temere l'azione reale di revindicazione o negatoria *servitutis*, o ipotecaria, da chi ha diritto sopra detto immobile, anche nel caso che il diritto di lui essendo sospeso da termine o da condizione, egli non abbia potuto agire.

E poichè all'impedimento del diritto di agire del proprietario o del creditore non è dato alcun effetto utile verso il terzo possessore, così si è concesso a costoro il diritto d'interrompere il corso della prescrizione in modo speciale (art. 2126), conciliandosi i diritti dei proprietarii e dei creditori con quello dei terzi possessori e debitori.

43. Da ciò deriva, che non possano comprendersi tra i creditori ed i proprietarii condizionali o a termine dei quali discorrono gli articoli 2120, 2121 e 2160 tutti coloro, che non hanno alcun *diritto*, ma semplici *speranze*, quale sarebbe il caso dell'erede cui fosse dovuta la legittima, il quale per avere o tutta o parte dellá medesima spingesse l'azione contro gli aventi causa di coloro, cui il donatario avesse alienato l'immobile (art. 1096).

Il cominciamento della prescrizione estintiva a danno del legittimatario, e dell'acquisitiva a favore del terzo possessore è dalla data dell'apertura della successione, dalla quale provviene il diritto alla legittima e l'azione. Prima della morte del donante, il figlio suo non ha alcuna ragione sull'eredità paterna; non può fare alcuna stipulazione intorno ad essa (art. 1118); non può fare alcun atto conservativo (art. 1171), e non può usare della facoltà concessa solamente a coloro che abbiano già un diritto sospeso da termine o da condizione (1).

44. La prescrizione non corre riguardo all'azione in garantia sino a che non abbia avuto luogo la evizione, dalla quale principia il suo corso.

---

(1) Mirabelli, *Diritto dei terzi*, vol. 2, p. 220, n. 54 e 55.

E evitto chi è privato in tutto o in parte della cosa, o è aggravato di un peso.

La privazione o l'aggravamento può avvenire o mediante la cosa giudicata o per riconoscimento del diritto fatto dal debitore o dal possessore. La prescrizione dell'azione di garentia comincia dal dì della sentenza contro la quale o non si è prodotto gravame ordinario o dal dì in cui questo è stato rigettato, o da quello del volontario riconoscimento.

Opinano alcuni, che la prescrizione corra dal dì della molestia o dalla domanda giudiziale, perchè in tali momenti nasce il diritto di agire. Appunto perchè nascendo in quei momenti il diritto di agire, sarebbesi sollevato il dubbio, se da questo giorno dovesse correre la prescrizione, si è scritto l' art. 2120 per disporre il contrario.

Chi è molestato con vie di fatto per pretensione di diritto ha la facoltà d'invitare il garante a farle cessare, e chi è convenuto con dimanda in giudizio può chiamare in garantia il garante nello stesso giudizio, per far decidere la causa nell'interesse di tutti. Se la domanda principale è rigettata, quella di garentia cessa per necessità di cose, e chi aveva diritto alla garentia, avrà avuto il fastidio e l'inquietudine del giudizio, e forse la necessità di ricorrere ad atti esecutivi per essere rifatto delle spese. Se la causa si perde, l'azione di garentia deve essere giudicata contemporaneamente se non ritardi il giudizio della causa principale (art. 199).

Tali facoltà son concesse a chi ha diritto di essere garantito, delle quali se non crede usarne, corre il solo pericolo, che se, privato in tutto o in parte della cosa, si fa a sperimentare la domanda di garentia, può il garante opporgli di essere prosciolto dalla medesima, perchè se fosse stato chiamato nel precedente giudizio o fosse stato inteso prima del riconoscimento del diritto, avrebbe avuto sufficienti motivi di far rigettare la domanda (art. 1947).

Non si è voluto che corra la prescrizione finchè vi sia pericolo di privazione e non privazione consumata nel fine d'impedire incidenti di mera jattanza. A tanto equivalgono le espressioni: *corre*

la prescrizione dal dì in cui la evizione ha avuto luogo. Si può censurare cotale disposizione, colla quale, senza una ragionevole necessità si prolunga il termine di una lite, ma come è scritta, non può darsele un significato diverso da quello che ha.

Volevasi applicare all' azione di garentia che il compratore sperimentava contro il venditore l' articolo 2121; ma la Corte di cassazione di Napoli respinse questa pretensione, perchè l' articolo 2121, nel fine di assicurare la certezza della proprietà e dei diritti, aveva sospeso il corso dell'azione di garentia prima che l'evizione si fosse verificata a vantaggio non a danno dei terzi possessori (1).

Che anzi un diritto singolare è stato concesso ai terzi nel caso di permuta. Il permutante il quale ha sofferto evizione dell' immobile ricevuto in permuta, può dimandarne la restituzione, ma rimangono salvi i diritti acquistati dai terzi prima della trascrizione della domanda di risoluzione (art. 1551, 1552, 1553).

45. Nelle disposizioni relative a svariate materie se ne incontrano nel Codice talune riguardanti la prescrizione, nelle quali o si determina il tempo del cominciamento di essa secondo la regola sopra stabilita ed illustrata, o si discorda da essa per ragioni speciali, o si tace del tutto. Egli è chiaro, che, se deve applicarsi la disposizione speciale data dalla legge, il tempo del cominciamento quando la legge tace, deve essere determinato secondo la regola generale. Faremmo opera del tutto inutile, se qui ci fermassimo ad enunciare tutte le disposizioni del Codice, nelle quali o si tace o si stabilisce il tempo in cui comincia la prescrizione, tanto più che dobbiamo tornarci sopra, allorchè ragioneremo dei diritti e delle azioni che sono soggetti alla prescrizione, e del tempo necessario per prescrivere secondo la diversa natura dei diritti.

Piuttosto crediamo di fare cosa fruttuosa il venir chiarendo

(1) 14 dicembre 1878.

e sciogliendo le difficoltà, le quali son surte della determinazione del tempo nel quale nasce il diritto di agire.

Nelle azioni reali la determinazione è molto agevole. Il proprietario usa della sua proprietà come meglio crede, anche col non usarla, nè alcuno può avere il diritto di astringerlo a regolarsi in un modo piuttosto o in un altro, se non offende il diritto altrui, i regolamenti e le leggi di ordine pubblico. Nasce in lui il diritto di agire, quando il suo diritto è violato; e la violazione può consistere o nell' impossessarsi, che altri faccia della cosa sua per acquistarne la proprietà mediante la prescrizione, o pure coll' usare in tutto o in parte della cosa per acquistare un diritto sulla medesima, quale l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, la superficie, la enfiteusi od una servitù continua ed apparente.

Il diritto di agire nato dalla prima specie di violazione si attua coll'azione di revindicazione (art. 439). E la stessa denominazione assume quando accade la seconda specie di violazione, che chiamavasi nel diritto romano (1) e chiamasi ancora nelle scuole e nel foro, *azione negatoria servitutis*, diretta a far dichiarare la libertà del fondo.

Il diritto di agire nelle servitù continue nasce nel giorno in cui si fa un atto contrario alla servitù (art. 667), che oggi non ha nome speciale, conosciuta sotto la denominazione di *azione confessoria servitutis.*

Non vi è materia al diritto di agire nelle servitù discontinue dimostrate da titolo, perchè queste si estinguono col non uso (articolo 667).

Leggiamo in una sentenza della Corte di cassazione di Roma del 19 dicembre 1884: « Egli è vero, che è nudo e semplice il legato di nuda proprietà, ma essendo dato ad altri l'usufrutto della terra, non può il primo domandare il possesso se non dal giorno

---

(1) L. 2, proc., *Si serv. vind.* 8, 5.

in cui si estingue l' usufrutto. E se è così, sarà puro e semplice il legato della proprietà, ma n'è sospeso il godimento e l'esecuzione da un termine; da che segue, che sospesa la domanda del possesso finchè dura l'usufrutto, non corre la prescrizione fino a che questo termine non sia scaduto ».

Ma contro chi non corre la prescrizione? Se si è inteso dire, che la prescrizione dell' azione del legatario contro l' erede per ottenere il rilascio della cosa legata non corra che dal dì nel quale è cessato l'usufrutto, si dice cosa esatta; perchè per l'art. 862 il legatario acquista la cosa legata *ipso jure*, per cui l' usufruttuario possiede la cosa per conto del legatario, e non già per conto suo o di altri; ed il diritto di agire per consolidare il possesso colla nuda proprietà non nasce che dalla fine dell' usufrutto.

Ma se l'erede del testatore aliena la cosa legata come cosa sua, o lo stesso faccia l' usufruttuario, o pure taluno s' impossessi della cosa legata, per acquistarne col possesso o la proprietà, o un diritto sopra di essa, il diritto di agire contro il terzo possessore nasce nel giorno del possesso capace di prescrizione, e il non esercizio di esso da tale giorno fa estinguere il diritto. Ed è perciò che la legge impone l'obbligo all'usufruttuario di denunziare al proprietario le usurpazioni od altre offese al diritto di lui, commesse da un terzo sotto pena di rispondere dei danni derivati al proprietario dalla sua ommissione (art. 511).

46. Nelle azioni personali sonosi suscitate le seguenti difficoltà nella determinazione del giorno, in cui nasce il diritto di agire.

Nel caso di un contratto bilaterale, di una vendita per esempio, se nessuna delle parti esegue il contratto, molti scrittori pretendono, che la prescrizione non cominci per nessuna delle due azioni, impedendo la *exceptio non adimpleti contractus* che vi sia un' *actio nata*. Il che non può essere accettato. Le azioni fondate sopra un contratto bilaterale nascono nel tempo medesimo, nel

quale è stipulato, se non vi sia termine o condizione. Le eccezioni che un contraente possa opporre all' altro, fra le quali vi può essere quella *non adimpleti contractus* nei casi nei quali il Codice l'ammette, loro non impediscono di far valere l'azione presso l'autorità giudiziaria, la quale deve esaminare se abbia fondamento la eccezione in fatto e in diritto. Laonde, se nè l' uno nè l' altro contraente fanno valere in giudizio i loro diritti, nè interrompono legalmente il corso della prescrizione, l' azione dell' uno e dell' altro è prescritta. Ma se non è prescritta l' azione di entrambi perchè uno dei contraenti ha iniziato in tempo la sua azione, l' altro contraente, dal quale si domanda l'*esecuzione del contratto*, può opporre qualunque eccezione, ancorchè fosse decorso il termine per la prescrizione della sua azione, perchè egli la propone come eccezione, e l' eccezione è perpetua, come ampiamente cercheremo di dimostrare in prosieguo (1).

47. Vi è il mutuo ad interesse e il mutuo gratuito: il mutuo a termine, o senza alcun termine: il mutuo da restituirsi quando il mutuatario vorrà o potrà, o ad ogni richiesta del mutuante, o pure dopo un certo termine dalla richiesta.

Se il mutuo è a termine, con o senza interessi, l'azione per la restituzione del capitale nasce allo scadere del termine.

L'azione pel pagamento d' interessi nasce alla scadenza di ciascuno dei periodi pattuiti, non dovendosi confondere la prescrizione degl' interessi con quella del capitale, che possono variare pel cominciamento della prescrizione e pel tempo necessario a prescrivere.

Se per la scadenza del termine è nato il diritto di agire per la restituzione del capitale e non si agisce, contentandosi il mutuante di esigere gl' interessi, la prescrizione comincia il suo corso dall'ultimo pagamento degl' interessi, il quale è considerato come atto interruttivo della prescrizione.

(1) Savigny, § CCXI.

Se il mutuo è senza termine, gratuito che sia o con interessi, l'azione nasce dal giorno del contratto, perchè sin dal giorno seguente al medesimo può il creditore chiederne la restituzione. Se la richiede nel termine di trent' anni dal contratto, la richiesta è un atto interruttivo (art. 2125), e da tal giorno nasce il diritto a far valere in giudizio le proprie ragioni.

Lo stesso è a dire, se il mutuo deve restituirsi ad ogni richiesta del creditore, potendo far la richiesta nel tempo che gli piace. Se non che se alla richiesta è aggiunto un termine di favore pel debitore, la prescrizione novella comincia il suo corso allo scadere del termine.

Il diritto romano stabiliva come regola generale, che nelle obbligazioni senza termine, immediatamente nascesse il diritto di agire: « *In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur* » (1).

« *Sin autem communes nummos credam vel solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio* » (2).

Il Codice pone il seguente principio nell' art. 1173 : « Quando non sia apposto termine, l'obbligazione deve *subito* eseguirsi semprechè la qualità dell'obbligazione o il modo con cui deve essere eseguita o il luogo convenuto per la sua esecuzione non porti seco la necessità di un termine da stabilirsi dall' autorità giudiziaria— Spetta egualmente all'autorità giudiziaria di stabilire per l' adempimento dell'obbligazione un termine conveniente se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore ».

In tali casi è dunque concessa al creditore l'azione di far determinare dall'autorità giudiziaria il termine per l'adempimento dell' obbligazione: e se egli trascura di far valere questo suo diritto nello spazio di trent'anni dal dì del contratto, si estingue l' azione

(1) L. 14, D. *Reg. jur.*, 50, 17; L. 41, § 1, D. *De verb. oblig.*, 45, 1.
(2) L. 94, § 1, D. *De solut.*, 46, 3.

per costringere il debitore al pagamento del debito. Se poi egli se ne vale, comincia dal termine fissato dal giudice il corso della prescrizione del credito.

48. L'azione di restituzione del deposito si prescrive fra trent'anni dal contratto, perchè il deposito si deve restituire al deponente appena questi il richiede (art. 1860). Ed è ciò conforme al diritto romano: « *Est autem et apud Iulianum, lib. XIII, Dig. scriptum, eum qui rem deposuit posse depositi actione agere; hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit quod reposcenti rem non reddat* » (1). Se il creditore trascura di avvertire il debitore, questa omissione è precisamente una delle negligenze, il cui risultamento definitivo è la perdita del diritto di agire. Ma se egli fa la richiesta fra trent'anni dal dì del contratto, dal giorno della richiesta comincia un nuovo termine per la prescrizione, essendo la richiesta quale atto di messa in mora, interruttivo della medesima.

È da avvertire che non si vuole confondere l'azione personale per la restituzione del deposito o per il suo equivalente coll' azione revindicatoria della cosa depositata, la quale vive, anche decorso il trentennio, contro il depositario ed i suoi eredi ed anche contro il terzo possessore, giusta gli art. 2115 e 2117, come vedremo sotto il capitolo della prescrizione acquisitiva.

49. Il comodante, secondo l' art. 1815, non può ripigliare la cosa se non decorso il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, dopo che la cosa ha servito all' uso, per cui fu prestata. Il diritto di agire nasce dal dì che è decorso il termine. Notiamo quello stesso che abbiam detto per il deposito: l' azione revindicatoria della cosa depositata è regolata dagli articoli 2115 e 2117.

50. La prescrizione dell' azione personale per la restituzione del pegno, o dell'immobile anticretico, *actio pignoratitia*, comincia

(1) L. 1, § 22, D. *Depos.*, 16, 3.

a decorrere a danno del debitore dal giorno nel quale paga il debito, perchè insino a quel giorno non ha il diritto di agire contro il creditore pignoratizio per la restituzione del pegno (articoli 1888, 1890). Ed è ciò conforme al diritto romano: « *Omnis pecunia exoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut* NASCATUR *pignoratitia actio* » (1). Il quale principio neanche vien meno, quando siasi pattuito, che il creditore possa, in difetto, appropriarsi il pegno o l'immobile dato in anticresi ai termini degli art. 1884 e 1894; perchè cotal patto è nullo e si deve avere come non iscritto, essendo dalla legge considerato contrario all'interesse pubblico.

La quistione del riscatto dei beni dati in pegno è stata per i glossatori oggetto di vive controversie (2), ma la maggioranza seguì la opinione sopra esposta, sebbene quella contraria abbia trovato difensori anche nei tempi moderni. Costoro invocano la regola, che la prescrizione comincia per un'azione che non esiste ancora quando dipende dalla volontà dell'attore il far nascere l'azione. Se il debitore può ritirare il pegno a suo beneplacito, il non aver danaro è un ostacolo consistente in semplice fatto, al quale non devesi aver riguardo.

Ma così si estende la massima « *toties praescribitur actio non, dum nata quoties nativitas est in potestate creditoris* » in modo da dar ragione a coloro che la reputano falsa, facendo cominciar la prescrizione prima che sia nato il diritto. Essa è vera, se dipenda il diritto di agire dalla nuda e mera volontà del creditore, senza che abbia per attuarsi efficacemente bisogno di un altro fatto che non dipende assolutamente da lui. L'aver danaro per riscattare il pegno non è un fatto che dipende dalla mera volontà del creditore, nè per conseguenza è in lui solo, nella sua sola volontà, il far nascere il diritto di agire e l'usarne.

L'azione revindicatoria della cosa pignorata o data in anticresi

(1) L. 9, § 3, *De pignor.*, XIII, 3.

(2) Savigny, § CCXLI.

è regolata nella stessa guisa di quella della cosa depositata o data in comodato, giusta gli art. 2115 e 2117.

51. Quando incomincia la prescrizione delle rendite perpetue e vitalizie?

Nelle rendite perpetue e vitalizie non vi è diritto a ripetere il capitale. Il vantaggio del creditore consiste nel diritto di riscuotere un' annualità, onde il diritto ad agire, l' unico che gli può competere, nasce quando l' annualità è scaduta. La prescrizione non dovrebbe cominciare che dal giorno della scadenza della prima annualità. È da distinguersi la prescrizione dell' annualità da quella del diritto a prescrivere la rendita. La prescrizione dell' annualità comincia dal giorno della sua scadenza, e di ciò non si fa dubbio. E poichè l' esercizio del diritto alla rendita, per la sua essenza, non può cominciare che alla scadenza della prima annualità, la prescrizione anche del diritto alla rendita non può cominciar che nello stesso tempo. Prima di esso il creditore non ha modo nè diritto di agire. Ciò è anche conforme a quanto dispone il diritto romano (1): « *Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit* ».

Non pertanto in una monografia sulle *Rendite perpetue*, n. 50, abbiamo scritto: La prescrizione della rendita corre dall' atto che la costituisce o pure dalla scadenza della prima annata?

Il diritto a percepire l' annua rendita nasce nel momento nel quale muore il testatore o si forma la donazione o il contratto. Perciò nell' art. 2186 si dispone, che il debitore della rendita deve a richiesta del creditore somministrargli un nuovo documento dopo ventotto anni dalla data dell' ultimo documento. È dunque la data del documento e non la prima scadenza che è riguardata per misurare gli anni ventotto, perchè gli altri due anni sono stati cre-

(1) L. 8, § 4, Cod. *De praescript.*, XXX vel XL ann.

duti necessarii per le pratiche opportune ad ottenere il nuovo documento — Il Vazeille è di contraria opinione, ma è voce solitaria. Egli prendendo argomento dall' art. 2120 crede sospeso il corso della prescrizione dalla data del documento sino al giorno della esigibilità della prima annata, perchè da quel giorno nasce il diritto ad agire. Ma par che egli confonda il termine apposto al pagamento dell' annualità con quello del diritto a percepire la rendita. L' annualità comincia a prescriversi dal dì della rispettiva scadenza; il diritto a riscuoterla nasce pure dalla data del documento, e da questa data se non si ha diritto a riscuotere la rendita si ha modo come conservarne il diritto (1).

Ma il Ricci (2) ed il Pugliese (3) si sono associati al Vazeille, il che ci ha consigliato a studiar di nuovo la quistione. Può essere acquistato il diritto, senza che nello stesso tempo sia nato anche il diritto ad agire, o perchè questo è ritardato da un termine o perchè il diritto consiste in un fatto che non si può esercitare che quando tale fatto si verifica. Costituita una rendita perpetua o vitalizia, nasce immediatamente il diritto ad avere la rendita il quale non è seguìto da un immediato diritto di agire. Imperocchè il capitale non si può ripetere e il diritto di agire non sorge che nell' avvenimento del fatto della scadenza della prima annualità. Or la prescrizione comincia non quando nasce il diritto (*dies cedit*), ma quando nasce il diritto di agire (*dies venit*). Sicchè l'opinione del Vazeille, del Ricci e del Pugliese parrebbe più conforme ai principii. Ciò non pertanto, non recediamo dalla opinione della maggioranza della scuola e della giurisprudenza della nostra Corte di cassazione per la considerazione, che nascendo il diritto alla ren-

---

(1) Troplong, 840; Marcadè, 2263; Laurent, t. XXXII, 18; Giorgi, VIII, 289; Corte di cass. di Napoli, 24 giugno 1876; Rolland de Villargues, *Rente*, 170; De Fremville, *Minorité;* Mourlon, p. 76; Massè e Vergè su Zachariae, § 856, not. 9.

(2) Ricci, vol 5°, n. 232.

(3) Vol. 2°, n. 28.

dita nel momento della sua costituzione e non l' azione immediata per cominciarne l' esercizio, si è concesso al creditore il diritto *singolare* di interrompere la prescrizione, col richiedere al debitore un nuovo documento dopo ventotto anni *dalla data* dell' ultimo documento. Vi è dunque nell' art. 2136 una disposizione espressa, dalla quale deriva il concetto della legge, che *dalla data* dell' ultimo documento comincia a correre la prescrizione e non dalla data della scadenza della prima annualità.

52. Il patto della prelazione genera un' azione personale non un' azione reale ad avere la cosa da altri acquistata, qualora il contraente o i suoi eredi abbiano contravvenuto al patto. Siccome l'esercizio della prelazione non può aver luogo, per la sua essenza, che nel caso della rivendita, della locazione o di altro somigliante contratto, avvenimenti i quali sono futuri ed incerti, l' azione dalla prelazione dipendente non nasce che quando l' avvenimento succeda.

CAPO TERZO

DELLE CAUSE CHE IMPEDISCONO, O SOSPENDONO LA PRESCRIZIONE.

SOMMARIO

53. Che cosa s' intende per impedimento, o sospensione della prescrizione — 54. La prescrizione non corre — A) Fra coniugi — B) Fra figlio e colui che esercita la patria potestà — C) Fra i minori, gl' interdetti e il loro tutore — D) Fra il minore emancipato, l'inabilitato e il curatore — E) Fra l'erede e l'eredità beneficiata, finchè sia indivisa — F) Fra gli amministrati e gli amministratori legali — 55. La prescrizione non corre contro i minori non emancipati e gl' interdetti per infermità di mente, salvo le eccezioni che si specificano — 56. Discussione sulla giustizia e convenienza di tale disposizione — 57. Se detta prescrizione corre per quelle di durata minore di trent'anni — 58. Non corre la prescrizione contro i militari in servizio attivo — 59. Non corre durante il matrimonio a riguardo del fondo dotale o dell' i-

poteca dotale specialmente iscritta sul fondo del marito—60. Riesame della massima, " *Contra non valentem agere* " ecc.—61. Risoluzione di due casi speciali, che da essa dipendono—62. Nel caso di perenzione di appello, quando la prescrizione riprende il suo corso—63. E nel caso di perenzione in grado di rinvio?—64. Epilogo—65. A chi profitta la causa della sospensione. Caso dei creditori solidali. Confutazione di un' opinione del Ricci—66. Sospensione della prescrizione nei diversi rapporti tra l'usufruttuario e il proprietario rispetto ai terzi—67. Caso speciale preveduto da Proudhon.

53. Il diritto di agire è già nato, e potendosi esercitare a volontà del proprietario o del creditore, la prescrizione dovrebbe cominciare il suo corso.

Occorrono non pertanto, talune volte, condizioni creatrici di un interesse morale o sociale maggiore di quello che ha fatto istituire la prescrizione, le quali han consigliato d' impedirne il cominciamento, finchè durano; e se sono sopravvenute nel corso di una prescrizione già incominciata, lo sospendono fino alla loro cessazione. Nel quale caso si deve dedurre dal tempo utile per la prescrizione quello, durante il quale è rimasta sospesa, *deductis temporibus de jure deducentis*, come si esprimeva il S. R. Consiglio napolitano nella famosa consultazione a ruote giunte approvata colla prammatica del 1742 (1).

54. Nei primi articoli di questo capitolo del Codice, che è il secondo, 2115, 2116, 2117 e 2118 si enunciano le cause, per le quali s' impedisce il cominciamento della prescrizione acquisitiva, ma perchè la dottrina che la riguarda, è tutt'una con quella del possesso, siam costretti a rinviarne l' esposizione sotto il capitolo speciale relativo alla prescrizione acquisitiva.

Secondo l'art. 2119 si impedisce o si sospende qualunque prescrizione fra *determinate persone*, non perchè manchi il diritto di agire dell'una verso l'altra, bensì per considerazioni morali più che giuridiche, come faremo notare per ciascun caso da esso preveduto.

A) *Niuna prescrizione corre fra coniugi*, dice l'articolo 2119. Se

---

(1) N. 7, pag. 16.

il diritto di agire dell'uno contro dell'altro è nato prima del matrimonio, il corso della prescrizione già incominciato si sospende, per riprendere il suo corso dopo sciolto il matrimonio.

Se nasce durante il matrimonio, la prescrizione non corre durante il medesimo, cominciando il suo corso dal dì del suo scioglimento.

La disposizione dell' art. 2119 è generale, riguardando qualunque specie di azione e di qualunque durata. Non è già, che sia vietato ai coniugi di far valere, durante il matrimonio, l' azione reale o personale che l' uno contro l' altro avesse diritto d'istituire, ma è loro dichiarato, che, non istituendole nel corso del matrimonio, non debbano temerne la perdita per prescrizione. Una considerazione di ordine morale ha fatto accettare tale principio, che non ha nulla di comune colla massima. « *Contra non valentem* » ecc. La pace domestica e l'allontanamento di ogni ragione di dissidio sono state le cause informanti questa disposizione.

Un' eccezione a cosiffatta regola si fa dall' art. 916 del Cod. di commercio. Dopo di essersi stabilito nell'art. 915, che le azioni derivanti dagli atti che sono commerciali anche per una sola delle parti, si prescrivono per tutti i contraenti in conformità della legge commerciale, nel seguente art. 916 si dispone che « *la prescrizione commerciale corre eziandio contro. . . . la moglie* ».

Il Giorgi (1) non dubita, che questo articolo contenga un' assoluta deroga all' art. 2119 del Cod. civ. per non avvantaggiare la condizione della moglie sopra gli altri creditori del marito. Ed aggiunge: « A rigor di logica, se la prescrizione commerciale non è sospesa a favor della moglie contro il marito, non può rimaner sospesa a favor del marito contro la moglie; pure il Codice commerciale non lo dice, e apre l' adito ad una strana contraddizione. Ci pare pertanto, che la disposizione dell' art. 916 sia in questa

(1) N. 257.

parte mal ponderata, e non coordinata con le disposizioni del Codice civile ».

Il Pugliese (1) nota, che se l'art. 916 dovesse intendersi secondo il *tenore* del suo testo, sarebbe mestieri vedervi un'eccezione all'articolo 2119 Codice civile in pregiudizio della moglie. Nessun altro significato esso offre secondo la sua lettera. La sospensione delle prescrizioni non è sancita dal Codice civile, che in confronto del marito; di più, per i terzi la *moglie* altrui, s'indica col vocabolo « *donna maritata* », mentre il contrapposto della moglie è il solo marito. Crede non pertanto, che questa interpetrazione sia inaccettabile; poichè non è possibile, che il legislatore abbia voluto creare la più *iniqua* disparità fra i coniugi, *calcando* il più debole e favorendo il più forte. Per la qual cosa si decide a ritenere che l'eccezione riguardi l'art. 2120, il quale sospende la prescrizione nel favor della donna durante il matrimonio, solo, rispetto al fondo dotale ed a quello ipotecato per la dote. E discendendo ad esaminare *in quali casi* l'azione della donna maritata diretta a far rivocare l'alienazione del fondo dotale o revindicarlo possa esser commerciale conchiude « che niuno sforzo d'immaginazione vale a rintracciare i casi, in cui l'eccezione possa essere applicata ed a giustificare in questa parte il disposto dell'articolo 916 ».

Osserviamo che l'art. 916 è *incompleto*, perchè non fa correre la prescrizione delle azioni del marito contro la moglie e la fa correre per le azioni della moglie contro il marito, nè è coordinato coll'art. 36 e 2119 del Cod. civ.

L'imperfezione, che produce la disparità di trattamento tra marito e moglie può essere deplorata, ma non può autorizzarci a far dire all'articolo quello che non dice o diversamente da quello che dice. Esso dispone con chiarezza, che durante il matrimonio,

(1) N. 210, vol. 2.

la prescrizione delle azioni commerciali della moglie corra contro il marito, e, se piace aggiungere, eziandio contro chiunque. Il che deve essere osservato. È da far voto però, se il Codice commerciale, sebbene non è molto posto in esecuzione, sia da rivedere, che si ponga mente alle non rare imperfezioni di linguaggio giuridico e di coordinamento e non alla sola mutazione di alcune disposizioni.

Non vogliamo mancar di notare, che le azioni di nullità del matrimonio sono governate da regole speciali. Essendo stato il matrimonio riguardato, non quale contratto ordinario, ma come un'alta istituzione sociale, i termini, nei quali è stato l'esercizio delle azioni di nullità del medesimo concesse o ad entrambi i coniugi o ad alcuno di essi, sono perentorii, decorsi i quali si decade da ogni diritto. Le decadenze da un diritto stabilite dalla legge, dal giudice o dalle parti, diverse come sono dalle prescrizioni, saranno oggetto di un capitolo speciale nella fine della trattazione della prescrizione estintiva.

B) *Niuna prescrizione corre fra la persona a cui spetta la patria potestà e quella che vi è sottoposta* (art. 2119). Il figlio è soggetto alle podestà dei genitori sino all'età maggiore, 21 anno, od emancipazione. — Durante il matrimonio tale podestà è esercitata dal padre, e, se egli non possa esercitarla, dalla madre.—Sciolto il matrimonio, la patria podestà è esercitata dal coniuge superstite (articolo 220). Anche, durante la patria podestà, il diritto di agire fra padre e figliuolo non è impedito, tanto che l'art. 224 stabilisce, che sorgendo fra i diversi figliuoli conflitto d'interesse, e *fra essi e il padre*, debba nominarsi ai figli un curatore; il che è da applicare anche alla madre.

Non il principio « *Contra non valentem* » ecc. ma gravi considerazioni morali e sociali han consigliato questa disposizione, la quale è generalmente insegnata nella scuola francese, ma non si legge nel suo Codice. Alle quali considerazioni se ne aggiungono

anche delle giuridiche. Il padre o la madre, esercitanti la patria podestà amministrano i beni dei loro figli nati e nascituri: han dunque o si presume che sia in loro perfetta la cognizione del diritto dei figli, e ne abbiano i documenti. Attori o convenuti che siano i figliuoli, è a temere per ciò che la loro difesa non possa essere intera, nè vi sia quella eguaglianza tra essi e i genitori, che tanto è necessaria nei giudizii, non l' eguaglianza di diritto, che è assicurata a tutti i litiganti, ma l' eguaglianza di fatto, che produce l' eguaglianza nella difesa.

I genitori possono essere privati, per cause speciali (art. 233, 235, 238), dell' amministrazione dei beni dei figliuoli; che anzi si permette a chiunque istituisce erede un minore, nominargli un curatore speciale per la sola amministrazione delle sostanze, che egli trasmette, sebbene il minore sia sotto la patria podestà (articolo 247). Anche in questi casi la prescrizione non corre, perchè l' amministrazione dei beni dei figliuoli costituisce uno degli elementi della patria podestà, non il principale, e se vengono meno le ragioni giuridiche, continuano ad esistere le morali e le sociali. Onde bene l' art. 2119 non ha fatto alcuna eccezione. Finchè dura la patria podestà, la prescrizione dunque non corre.

C) *Niuna prescrizione corre tra il minore, l' interdetto e il suo tutore fino a che non sia cessata la tutela e ne sia reso definitivamente il conto* (1).

Non è proibito, durante la tutela, l' esercizio rispettivo delle azioni tra il tutore e il minore. Il protutore agisce pel minore e lo rappresenta nei casi in cui l' interesse di questo sia in opposizione con quello del tutore (art. 266).

Non dunque il principio « *Contra non valentem* » ecc., ma con-

---

(1) Ciò è conforme al Diritto romano. L. 1, § 5, 6, 7, D. *De contr. tutelae et utili actione*, XXXVII, 4; Le Roux de Bretagne, n. 667. Si deve applicare l'articolo qualunque sia la causa dell'interdizione, non essendovi alcuna limitazione, la quale si trova espressa pel solo caso preveduto nell'art. seguente, 2120.

siderazioni morali e giuridiche hanno fatto sancire questa disposizione la quale neppure si legge nel Codice francese. Detta disposizione è alquanto diversa, in quanto alla durata, da quella stabilita per le azioni fra chi esercita la patria podestà e colui che vi è sottoposto.

Non sono state stabilite regole speciali per il rendiconto, che il genitore esercente la patria podestà possa, in taluni casi, essere obbligato a dare al figlio, bastando le regole generali. Che anzi, cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio abitante con esso senza procura, ma senza opposizione, od anche con procura, ma senza condizione di rendere conto dei frutti, egli ed i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti sussistenti al tempo della dimanda (art. 234). Invece, per i tutori è stabilito che terminata la loro amministrazione, son tenuti a renderne conto (art. 302); ma ogni azione del minore contro il tutore e quella del tutore contro il minore relativa alla tutela si prescrivono con dieci anni dalla maggiore età o dalla morte dell'amministrato (art. 309).

Ciò spiega la ragione della differenza tra le due disposizioni. Non essendovi obbligo assoluto di dare il conto in chi ha esercitato la patria potestà, tenuta anche ragione della fiducia che si deve riporre nei genitori, la prescrizione dell'azione, ancora che il conto sia dovuto, comincia a correre dal giorno, che la patria potestà sia cessata e dura trent'anni.

Cessata la tutela, vi è sempre obbligo di dare il conto, nel quale per lo più si fondono tutte le cause del dare e dell'avere rispettivo; sicchè sospendendo, o impedendo il corso della prescrizione delle azioni pel tempo che precede l'approvazione definitiva del conto, vengono meno le cause dei necessarii dissidii che nascono dalla lite tra minore e tutore, e non si anticipano liti, che si possono condensare nel conto e decidere con maggiore maturità di consiglio.

L' art. 2119 deve essere messo in relazione coll' art. 309. Se l' azione reciproca tra tutore e minore relativa alla tutela è prescritta, di guisa che il conto non possa più essere nè dimandato nè dato, la prescrizione delle azioni che reciprocamente l'uno possa avere verso l' altro indipendenti dalla tutela, comincia o riprende il suo corso, sebbene il conto non sia stato nè dato nè definito.

È grave quistione, se definito il conto di tutela, o non datosi punto per incorsa prescrizione, il tutore che ha continuato a possedere l' immobile del minore, possa cominciare a prescriverlo; di guisa che l' azione revindicatoria contro di lui si prescriva col decorso di trent' anni, ma di questa quistione ragioneremo sotto il capitolo della prescrizione acquisitiva.

Non possiamo far correre senza esame un'opinione manifestata dal Pugliese (1), che la prescrizione contro il tutore corra, appena cessata la tutela. Dopo l'approvazione del conto, egli dice, possono ritenersi cessati i rapporti nascenti dalla tutela, ed il minore può non conoscere lo stato del suo patrimonio ed i dritti che per avventura gli competono contro il tutore, ma questi conosce i suoi diritti ed, appena cessata la tutela, può farli valere.

Osserviamo essere questa opinione in manifesta opposizione del testo della legge, giusta il quale la prescrizione non corre tra l'interdetto o il minore e il suo tutore per le azioni che l' uno possa avere contro l'altro, finchè il tutore non abbia reso definitivamente il conto. E ragionevolmente; perchè, se il tutore conosceva i suoi diritti durante la tutela e li conosce ancor meglio dopo che è finita, sarebbe stato imprudente consiglio, facendo correre la prescrizione a danno di lui, incitarlo a spiegare le sue azioni prima della definitiva approvazione del conto, nel quale i diritti reciproci in una volta sola vengono posti, discussi e definiti. Così disponendo la legge, ha fatto non tanto il beneficio del tutore, quanto del minore o dell'interdetto i quali potrebbero non avere le cogni-

(1) Num. 61, vol. 2.°

zioni necessarie a difendersi validamente contro le azioni singole spiegate dal tutore nè i documenti opportuni.

D) *Niuna prescrizione corre fra il minore emancipato, il maggiore inabilitato e il suo curatore* (art. 2119). Neanche il principio *Contra non valentem,* ecc., ma considerazioni morali e giuridiche giustificano la disposizione. Il curatore deve assistere l' inabilitato in tutti gli atti principali della sua vita economica; per cui occorre mantenere la concordia fra essi, togliendo ogni occasione di dissidii, derivanti da liti che prendano origine o dalla stessa cura, o pure da cagioni estrance alla medesima. Anche questa disposizione non è nel Codice francese.

E) *Niuna prescrizione corre fra l' erede e l' eredità beneficiata* (articolo 2119). Se l' erede è puro e semplice, vi ha confusione tra il patrimonio dell' eredità e quello dell' erede (art. 1296); e se i coeredi sono più, corre la prescrizione per la parte dei diritti che l' un coerede rappresenta verso l' altro.

Quando l' eredità è beneficiata, non vi è confusione di essa col patrimonio dell' erede. Questi può far valere le sue ragioni contro l' eredità e viceversa. Se l' erede è un solo, deve egli istituire l' azione contro un curatore che rappresenti l' eredità, che deve far precedentemente nominare (art. 850 Cod. di proc. civ.). Se i coeredi sono più, l' azione si deve promuovere contro tutti i coeredi. E se tutti i coeredi dovessero promuovere la stessa azione, avrebbero il dovere di far nominare un curatore che rappresentasse l' eredità. Non ostante ciò, non per il principio *Non valentem,* ma per ragioni morali e giuridiche non corre alcuna prescrizione tra l' erede e l' eredità beneficiata e tra questa e l' erede per qualunque sorta di azione, mentre il Codice francese limita l' eccezione alle sole azioni che ha l' erede beneficiato contro l' eredità.

L' erede beneficiato è amministratore dell' eredità nell' interesse dei creditori e dei legatari, ai quali deve render conto e dar garantia se la richieggono, ed è il proprietario e possessore dei beni ereditarii, che sono suoi sin dall' apertura della successione. Am-

mettere la prescrizione delle azioni dell'eredità contro l'erede non si poteva, perchè l'erede qual amministratore della medesima, avendo esso il dovere d'iniziarle, di proseguirle e di farle definire, dovrebbe, se l'avesse fatte prescrivere, risponderne verso l'eredità, nè d'altronde si poteva stimolare l'eredità a litigar coll'erede, lite che nelle sue risultanze pratiche avrebbe potuto essere inutile, se con i beni che fossero esistenti nell'eredità si fossero soddisfatti i creditori ed i legatari. Le quali ragioni militano anche in parte per la prescrizione delle azioni dell'erede contro l'eredità, perchè essendo esso amministratore per legge dell'eredità, non si debbono fomentar liti tra amministratore ed amministrato.

E pare a noi, che la prescrizione non corra, anche, quando essendo più i coeredi, l'uno potrebbe rivolgersi contro gli altri come rappresentanti l'eredità, o esser convenuto dagli altri, finchè l'eredità sia *indivisa*, perchè essendo tutti i coeredi indistintamente chiamati ad amministrare l'eredità comune, se si può idealmente, non si può determinare in fatto la quota di ciascuno.

Ma quando, dividendosi l'eredità, ciascuno ha avuta assegnata la sua quota, cessa la promiscua amministrazione dei coeredi di tutta l'eredità, ed invece ognuno amministra separatamente la sua quota nell'interesse suo e dei creditori. Nella quota di ciascuno dei coeredi trovasi tutta o parte di quello che è dovuto dall'erede agli altri coeredi. Laonde, divisa l'eredità, dovendosi l'erede dirigere contro il coerede che gli è tenuto per legge o per patto, l'azione dal momento della consumata divisione deve cominciare a prescriversi.

Non è da tacere, che la maggioranza della scuola francese (1) insegna, che, in ogni caso, anche essendo indivisa l'eredità, non corra la prescrizione che per la sola quota dell'erede, perchè *a semetipso exigere non potest,* potendo dirigersi contro gli altri coeredi per ripetere quello che ciascuno gli deve.

---

(1) Troplong, 805; Laurent, XXXII, 66; Chabot sull'art.802; Duranton, t.21, n. 818; Demolombe, *Delle success.*, tom. 8, n. 202; Marcadè sull'art. 2259, n. 2.

Tale opinione non può essere accettata, perchè una delle principali ragioni, per le quali non corre la prescrizione tra l'erede e l'eredità beneficiata si è che non debba essa correre tra amministratore ed amministrato. Se l'eredità è tuttavia indivisa, i coeredi sono, tutti, amministratori, e nel caso che non si concordino, la legge dà le norme opportune (art. 678, 684).

Anche il Giorgi (1) divide la nostra opinione. Egli scrive: « Se gli eredi sono più, si è insegnato finora che la prescrizione non rimanga sospesa *inter coheredes* (L. 22, § 11, Cod. *De jur. deliberandi etc.*, VI, 39). Ma l'art. 958 del Cod. civ. contiene un'innovazione, che non ci pare senza influenza su questo punto. Invero la dichiarazione fatta da un solo tra gli eredi di voler accettare col beneficio dell'inventario si estende a tutti gli altri. Ci par chiaro per conseguenza, che nelle obbligazioni ereditarie la prescrizione dovrà rimaner sospesa *inter coheredes*, perchè queste obbligazioni divise fra gli eredi producono appunto relazioni giuridiche fra eredi ed eredità accettate col beneficio dell'inventario ».

È questione, se corra la prescrizione dal dì dell'apertura della successione sino al dì, che l'eredità sia stata accettata col beneficio dell'inventario.

Il Codice francese nell'art. 2259 dice « che la prescrizione corre ancora durante i termini per far inventario e deliberare ». Insegnano gli scrittori francesi, che questo sia stato un errore materiale, come risulta dal rapporto di Bigot-Préamenau.

Il Codice italiano ha soppresso l'articolo e, secondo noi, perchè era inutile. L'effetto dell'accettazione risale al giorno, in cui si è aperta la successione (art. 933). Se l'accettazione è pura e semplice, vi è confusione tra l'erede e l'eredità, e la prescrizione non trova materia di applicazione, o sono più i coeredi, la prescrizione dell'uno verso l'altro corre dal dì dell'apertura della successione per la quota rispettiva. Non vi era neanche necessità della disposizione per regolare la prescrizione delle azioni dei terzi

(1) N. 257.

contro l' eredità, sia pure e semplice, sia beneficiata, non essendovi ragione da sospenderne il corso (art. 964).

Qualora poi l' eredità è beneficiata, la prescrizione tra coeredi per lo stesso principio non può correre dal dì dell' apertura della successione in poi, retrotraendosi sino alla medesima l' effetto del beneficio dell' inventario (1).

F) *Niuna prescrizione corre tra le persone, che per legge sono sottoposte all' amministrazione altrui e quelle a cui l' amministrazione è commessa.*

Valgono a giustificar l' eccezione le stesse ragioni morali e giuridiche innanzi allegate per giustificare tutte le precedenti eccezioni, che hanno comune il fatto che l' una persona è amministratrice dell' altra.

Ma la prescrizione non corre, solo, fra gli amministrati e gli amministratori che loro impone necessariamente la legge, esclusi tutti gli altri amministratori che tali non sono. Sono, per esempio, amministratori legali, i rappresentanti dell' assente (art. 21), i curatori dell' eredità giacente (art. 980), gli amministratori provvisionali ed i curatori nominati nel corso del giudizio d' inabilitazione o d' interdizione (art. 327 Cod. civ. e 839 Cod. proc. civ.). E tali non sono gli amministratori di tutti gli enti morali, dei comuni, delle province e dello Stato, e tanto meno gli amministratori dei privati.

Non ci rimane a fare che un' ultima osservazione comune a tutte le prescrizioni enunciate in questo art. 2119. Esse non corrono e in quelle di lunga durata, trent' anni, e nelle altre di durata più breve, tra perchè la legge non fa alcuna eccezione e perchè le considerazioni morali che le informano, son comuni a tutte.

55. La prescrizione non corre contro i minori *non emancipati* e gl' interdetti *per infermità di mente, nè contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal regno* (art. 2120).

---

(1) Ciò è conforme al Diritto romano, L. 22, § 11, Cod. *De jur. delib.* VI, 39; Pugliese, vol. I, n. 190. Contra, Ricci, vol. V, n. 177; Giorgi, vol. VIII, n. 258.

Le parole stampate in corsivo sono state aggiunte all' art. 2252 del Cod. franc., e omesse le altre « salvo ciò che è stabilito nell' art. 2278, ed accettuati gli altri casi determinati dalla legge » come inutili.

Si dubita in Francia, se la prescrizione corra contro i minori emancipati e gl' interdetti per effetto di condanna penale. Coll' aggiunta il Codice italiano ha risoluto il dubbio.

Minore è la persona che non ha compito gli anni ventuno (articoli 240, 323), i quali si computano dal giorno della nascita (art. 374); donde si trae, che i figli immediati di una persona vivente, ancorchè non conceputi, dichiarati dal Codice capaci di ricevere per testamento e per donazione (art. 764, 1053), non possono allogarsi fra i minori. La legge prescrive, che l' amministrazione dei beni sia affidata a persone determinate (art. 858, 859). Il loro diritto è condizionale, subordinato cioè all' avvenimento futuro ed incerto della loro nascita, e perciò la prescrizione non può neanche correre prima della loro nascita, dopo la quale neanche può correre perchè van compresi fra i minori.

Interdetto è il minore emancipato o il maggiore di età dichiarato tale con sentenza per abituale infermità di mente, e la interdizione produce i suoi effetti dal dì della *pronunziazione* della sentenza (art. 324, 328).

Pare a prima giunta doversi ritenere che appena pronunziata l' interdizione l' individuo debba essere considerato quale interdetto, come se la sentenza fosse munita di clausola provvisionale. Che se non fosse così intesa la disposizione, e si dovesse seguire il diritto comune, sarebbe stato del tutto inutile l' art. 328, perchè ogni sentenza di prima istanza sfornita di clausola non può avere effetto esecutivo durante il termine ad appellare e durante l' appello ed in alcuni casi, anche durante il ricorso, ed ogni sentenza non appellata, o appellata e rigettato l'appello, diventa esecutiva, salvo eccezione.

Non pertanto, la Corte di cassazione di Torino ed il Paoli opinano in contrario.

Nel giudizio d'interdizione possono essere pronunziate tre sentenze — una sentenza di primo grado — una sentenza di appello — e una sentenza di cassazione.

L'esecuzione delle sentenze è sospesa durante il termine concesso per appellare e durante il giudizio di appello (art. 482 Cod. di proc. civ.). Chi è dichiarato interdetto dal tribunale, ancorchè gli sia stato nominato precedentemente un curatore temporaneo, può appellare anche senza l'assistenza di lui (art. 841 Cod. di proc. civ.). E la sentenza, che pronunzia l'interdizione, è pubblicata, a cura del Pubblico Ministero, sol quando *è passata in giudicato* nel modo stabilito nel regolamento (art. 844).

Discende da siffatte disposizioni, che la prescrizione abbia tutto il suo corso prima che la sentenza d'interdizione passi in giudicato.

Questo sistema può produrre inconvenienti, ai quali il tribunale ha modo di provvedere colla nomina di un curatore o di un amministratore provvisionale, i quali possono agire nell'intervallo, ma esso è giustificato dalla considerazione, che trattandosi di togliere la libertà civile ad un cittadino, non bisogna privarlo delle garentie comuni stabilite per la matura decisione delle liti.

Ma che s'intende per cosa giudicata? Può reputarsi tale la sentenza di appello, che pronunzia l'interdizione?

L'art. 520 Cod. proc. civ. dice: « Il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo i casi eccettuati dalla legge ».

L'eccezione può essere espressa o fatta con termini che l'equivalgono. *Cosa giudicata*, secondo il linguaggio usuale del Codice, è la sentenza divenuta irrevocabile (art. 1945, 2036). E non può dirsi irrevocabile la sentenza, finchè si può contro la medesima produrre o si è prodotto ricorso. L'art. 844 del Cod. di proc. civ. comanda la pubblicazione della sentenza che pronunzia l'interdi-

zione quando è *passata in cosa giudicata*, non prima. Il che significa che il ricorso ne sospende l'esecuzione la quale deve cominciare, specialmente nel rispetto dei terzi, nel giorno che la sentenza è divenuta esecutiva.

Non andiamo sì oltre che la sentenza d'interdizione passata in cosa giudicata non possa avere effetto che dal dì nel quale sia avvenuta la pubblicazione e per la quale pubblicazione non si è neanche stabilito un termine. Essa è esecutiva appena è divenuta irrevocabile. La pubblicazione che avviene per cura del Pubblico Ministero è un di più. È un provvedimento meramente amministrativo, affidato alla cura del Pubblico Ministero, non alle parti, che intende ad evitare l'inganno dei terzi, i quali, per altro, trattando con un demente, difficilmente non possono non avvedersi del suo stato. La sua inesecuzione o la tardiva esecuzione non impedisce che chi è dichiarato irrevocabilmente interdetto, non si vantaggi di quanto la legge dispone a suo favore (1).

Se la prescrizione non corre che contro l'interdetto per infermità di mente, essa corre anche quando, durante il giudizio, gli sia stato nominato un amministratore provvisionale o un curatore, i quali possono tutelare i suoi intereressi, e corre ancora contro gl'idioti e gli alienati, che vivono pacificamente nelle loro famiglie o sono stati rinchiusi in una casa di salute, pei quali niuno degl'interessati ha creduto di richiedere alcun provvedimento relativo alla tutela dei loro beni.

56. Nella discussione del Codice francese il tribunale di Nancy propose il seguente articolo da sostituirsi a quello del progetto: « La prescrizione corre contro i minori e gl'interdetti, salvo il loro regresso contro i tutori e curatori ».

Sarebbesi meglio avvisato, se avesse consigliato l'assoluta soppressione dell'articolo; chè quello, voleva, si sostituisse, oltre che era inutile, faceva nascere la quistione, se la prescrizione corresse nell'intervallo che mancasse il tutore o curatore.

---

(1) Paoli, n. 287, *La tutela, la interdizione e la inabilitazione*, Genova, 1881.

Considerò il tribunale di Nancy, che la disposizione da esso proposta conforme ad alcune consuetudini fosse molto più giusta di quella del progetto del Codice civile e sarebbe più saggio di allontanarsi su questo punto dalla consuetudine di Parigi, *chè passando da una in un' altra minorità può avvenire che non si giunga a prescrivere in un secolo.*

L' articolo del Codice francese fu accettato da tutti i Codici della penisola, sebbene nella discussione del progetto del Codice Albertino vi fu, chi propugnò l' opinione del tribunale di Nancy ed anche della Corte di cassazione di Parigi.

La Commissione nominata in Napoli per esaminare il progetto del Codice Miglietti lodò la disposizione di far correre la prescrizione contro i minori emancipati. Lo aver essi diritto all' amministrazione dei loro beni, il poter obbligare i proprii debitori importa, che non avessero a credersi incapaci ad interrompere una prescrizione. Ma, andando più innanzi, domandava la soppressione della disposizione conservatrice del beneficio per i minori ed interdetti. Niuno ne raccolse la proposta.

Quale è la ragione speciale della privilegiata condizione che si fa ai minori ed interdetti rispetto a tutti quegli altri incapaci che necessariamente debbono esplicare la loro vita per mezzo di rappresentanti, quali sono gli enti morali e l' assente presunto o dichiarato per la tutela dei diritti eventuali? (art. 44). La sola ragione è la tradizione.

Non era ancora maturo il suo totale abbandono. Il Codice italiano ha creduto di progredire abbastanza:

Col far correre la prescrizione per i minori emancipati e per gl' interdetti per condanna penale.

Col farla correre anche contro i minori e gl' interdetti a vantaggio dei terzi possessori di un immobile o di un diritto reale su di esso, che l' hanno acquistato colla prescrizione di trent' anni (art. 2121).

Col farla correre per tutti i contraenti nelle azioni commer-

ciali, ancorchè fossero tali per una sola delle parti (art. 915 e 916 Cod. di comm.).

Anche per le brevi prescrizioni enunciate nella sezione terza del titolo della prescrizione (art. 2144), ed in altri casi speciali (art. 1531).

57. Ma corre la prescrizione per le prescrizioni brevi non enunciate nell' art. 2144 e in altri articoli della legge?

La giurisprudenza inclina a ritener l' affermativa, argomentando dalla natura stessa di cotali prescrizioni, che non si presta ad una sospensione di termini, e dall' avere la legge espressamente indicato, in quali casi nelle brevi prescrizioni non debba correre la prescrizione.

Distinguiamo, innanzi tutto, la *prescrizione* dai *termini*, entro i quali la legge, la convenzione o il giudice impongono di esercitare un diritto, d' istituire un' azione o di fare un atto, ossia dalla *decadenza dal diritto*. Allorchè si tratta di una decadenza di diritto per decorrimento di termini o di termini comminatorii, se non vi è disposizione espressa o virtuale, che ne vuole eccettuati i minori e gl' interdetti, non si può applicare l' eccezione dell' articolo 2120 scritta per le sole prescrizioni. Ma se è quistione di prescrizioni brevi, per le quali non è scritta in alcun luogo del Codice una disposizione espressa o equivalente, crediamo che debba applicarsi l' art. 2120 nel beneficio dei minori e degl' interdetti. Esso è scritto in termini generali, e l' art. 2145 n' esenta le sole prescrizioni brevi enunciate nella sezione nella quale son collocate. L' art. 2147 dispone, che per tutte le altre prescrizioni minori di trent'anni si debbano osservare *altresì* le regole che particolarmente le riguardano. Quell' *altresì* è molto significativo: equivale a dire che si debbono per esse osservare le disposizioni generali e particolari.

Se il Codice in qualche articolo relativo a prescrizione minore di trent' anni ha espressamente dichiarato, che dovessero applicarsi le disposizioni riguardanti le cause di sospensione e d' in-

terruzione lo ha fatto per risolvere qualche dubbio, che si era promosso sugli articoli del Codice francese. Tale è la ragione del nuovo art. 1301 relativo alla prescrizione delle azioni di nullità a vantaggio degl' incapaci.

Ciò non pertanto la Corte di cassazione di Napoli, con una elaborata sentenza a 6 agosto 1879, a sezioni unite, ha deciso, che la prescrizione di cinque anni stabilita dall' art. 1090 del Cod. non è soggetta a sospensione per la minor età dei figli del donante, dovendosi applicar le regole che *particolarmente* la riguardano. Si osserva che l' art. 1090 del Cod. dispone, che l' azione di rivocazione per sopravvegnenza dei figli al donante si prescrive col decorso di cinque anni, e nulla dice, se il termine sia sospeso per la morte del donante nei cinque anni che lascia figli minori. Ed è da notare che la risoluzione, anche ammessa, non è efficace che contro il solo donatario, non pregiudicando i diritti dei terzi sopra l' immobile, gli abbiano acquistati prima della trascrizione della domanda di rivocazione (art. 1088). Il proseguimento del corso della prescrizione, secondo il sistema della Corte, non gioverebbe che al solo donatario in danno del pupillo, riuscendo indifferente per i terzi.

58. La ragione, per la quale la prescrizione non corre contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal regno, è perchè spendano tutto il loro pensiero e la loro attività per la difesa nazionale senza che ne distraggano una parte a tutela del proprio patrimonio. Disposizione dirò inutile ed origine di liti. Non è ammessa la eccezione per le prescrizioni brevi (art. 2145), per le quali poteva esser necessaria; e per le prescrizioni lunghe, essendo oggi le guerre brevissime, c'è tanto tempo per interrompere una prescrizione che non fa sentire il bisogno di prolungare il termine per dar luogo ad una indagine, talvolta lunga e difficile sul tempo del servizio attivo, per detrarlo dai termini della prescrizione.

Tanto più che la eccezione non vale neanche contro i terzi

possessori, che hanno acquistato l'immobile o un diritto su di esso colla prescrizione di trent' anni (art. 2121).

59. La prescrizione non corre riguardo al fondo dotale *proprio* (1) della moglie ed al fondo specialmente (2) ipotecato per la dote e per l' esecuzione delle convenzioni matrimoniali durante il matrimonio (art. 2120).

Non è molto agevole il comprendere il contenuto di questo articolo messo in relazione coll' articolo seguente, nel quale si dispone che di questo impedimento alla prescrizione non si debba tener ragione riguardo al terzo possessore che abbia acquistato per prescrizione di trent' anni l' immobile dotale, o diritti sul medesimo o l' immobile ipotecato specialmente per la dote e le convenzioni matrimoniali.

La dote o è di specie o di quantità.

La dote si costituisce in *quantità*, quando il marito, qualunque sia la natura dei beni dotali, dichiara di riconoscersi debitore non delle identiche cose che riceve, ma del prezzo di esse. Per contrario, la dote è costituita in *ispecie*, quando il marito, ricevendo le cose dotali, riconosce, che in quelle consiste la dote, e si obbliga a restituirle nella loro individualità. L' azione della moglie contro il marito per la restituzione della dote costituita in quantità o in ispecie nasce allo scioglimento del matrimonio, o nel momento del fallimento del marito o quando si fa essa a domandare la separazione di beni. La prescrizione, in tal caso, è regolata dall' art. 2119, 1409 e 2135.

La prescrizione delle azioni personali contro i debitori della dote, ancorchè le somme dovute dovessero essere pagate col vincolo del reimpiego, è regolata dal diritto comune, senza che il matrimonio vi arrechi alcuna modificazione (art. 1399, 1408). E l' azione ipotecaria che può accompagnare l' esercizio di tali azioni, diretta contro i terzi possessori, è governata dall' art. 2030.

(1) Parola inutile: se è dotale il fondo, necessariamente è proprietà della moglie.

(2) Parola anche inutile, perchè ogni iscrizione è speciale.

La prescrizione dell' azione di nullità dell' alienazione od obbligazione della dote, mobiliare o immobiliare, fatta senza le forme stabilite dalla legge, deve essere definita cogli art. 1407 e 1300. Non le si può applicare l' art. 2120, perchè l' azione di nullità si riferisce non solo all' alienazione illegittima dell' immobile dotale, ma anche della dote mobiliare, e se si ritenesse che l' articolo 2120 riguardasse anche la prescrizione dell' azione di nullità o rivocatoria del fondo dotale, sarebbe la disposizione più che imperfetta, non comprendendosi in essa quel che si riferisce alla prescrizione dell' azione di nullità o rivocatoria dell'alienazione od obbligazione della dote mobiliare.

Che dunque rimane non preveduto?

La prescrizione dell' azione revindicatoria del fondo dotale non è governata da niun altro articolo, tranne dal 2120; sicchè solo della medesima questo articolo dispone; stabilendo che la medesima si estingue colla prescrizione ordinaria di trent' anni, e che il possessore del fondo non possa, per conseguenza acquistarlo, se non colla prescrizione di trent' anni, sebbene il suo possesso fosse stato trascritto. In altri termini, il fondo dotale non si può acquistare che colla prescrizione di trent'anni. Non è ammessa la prescrizione di dieci anni, quando anche il possessore ne avesse le condizioni, se non nel solo caso, che dedotto il tempo che è durato il matrimonio, essa potesse esser compiuta secondo il diritto comune.

Arrechiamo degli esempii per chiarire maggiormente la dottrina del Codice.

Durante il matrimonio, un tale acquista a *non domino* il fondo che è *dotale*. Egli è possessore di buona fede, ignorandone la qualità e la vera proprietaria. Non l' ha acquistato nè dalla moglie nè dal marito, poichè in tal caso costoro avrebbero contro di lui l' azione di nullità per ricuperare il fondo, non l' azione revindicatoria, non essendo egli un terzo, ma un contraente.

Lo ha acquistato a *non domino*, da colui cioè che si è spac-

ciato ed è stato da lui creduto proprietario del fondo. Ha trascritto il suo titolo di compra ed ha posseduto per dieci anni e perciò ne sarebbe divenuto proprietario assoluto, se gli art. 2120 e 2121 non avessero disposto che non bastino i dieci anni per consolidare la proprietà del fondo dotale, ma ve ne bisognano trenta.

Lo stesso vale, se l'acquisto abbia avuto luogo prima del matrimonio; nove anni prima per esempio. Che se fosse già decorso il decennio, prima che il fondo diventasse dotale, il diritto di proprietà essendosi per prescrizione decennale già irrevocabilmente acquistato, non potrebbe patir nocumento pel posteriore matrimonio e costituzione di fondo dotale. Ma se il diritto non si fosse irrevocabilmente acquistato, la sopravvenuta dotalità del fondo importerebbe la sospensione del corso della prescrizione durante il matrimonio, che riprenderebbe il suo corso allo scioglimento di esso, con una limitazione; che se unito il tempo decorso prima del matrimonio con quello che decorre durante il matrimonio si raggiungesse il periodo di anni trenta, il possessore ne sarebbe divenuto proprietario irrevocabile per prescrizione.

Nè poca è la protezione, che in siffatto modo si concede alla donna, per un caso che per altro è difficile ad intervenire. Poichè la donna e il fidanzato nell'atto della costituzione in dote di un immobile del quale la proprietà rimane alla moglie, se loro non può farsene la consegna, perchè posseduto da un terzo, nella qualità di proprietario, sono con ciò avvertiti di doverlo revindicare; e non possono non ignorare il dovere di revindicarlo, se han perduto il possesso del fondo dotale durante il matrimonio, usurpato o alienato da un terzo qualunque, non percependone più i frutti. È parso perciò conveniente, perchè la proprietà diventi certa, di limitare il beneficio della sospensione, concedendo a ciascuno dei coniugi trent'anni dal dì del possesso legittimo altrui cominciato prima o nel corso del matrimonio a revindicare il fondo dotale; e se il possesso ha le condizioni tutte da farne consolidare il dominio nel terzo possessore, di sospendere il corso della prescrizione

durante il matrimonio, da riprenderlo, sciolto il medesimo, per cominciare o compiere la prescrizione decennale. Ma se dal dì del possesso son decorsi trent' anni ancorchè il matrimonio non si fosse ancora sciolto, la prescrizione del fondo dotale sarebbesi compiuta.

L' azione ipotecaria per la ripetizione della dote e per le convenienze matrimoniali sul fondo del marito indebitamente alienato durante il matrimonio si prescrive con trent' anni dal dì del possesso. Questo dicono gli art. 2120 e 2121, e questo dice l' articolo 2030 per la prescrizione dell' azione ipotecaria, qualunque ne sia l' oggetto. Per cui era inutile che dell' azione ipotecaria per la dote e le convenienze matrimoniali si tenesse anche ragione negli art. 2120 e 2121.

In una monografia sulla Dote (1) abbiamo ampiamente ragionato della prescrizione di essa, sotto tutti gli aspetti. Quì non abbiamo fatto che riassumerne e chiarirne le sole conclusioni; riserbandoci a ritornare, se occorra, nei luoghi opportuni sulla prescrizione delle diverse azioni, cui l'istituto della dote può dar materia.

60. Da quanto abbiamo finora ragionato, tutte le cause che impediscono o sospendono il corso della prescrizione non sono fondate sul principio enunciato nella massima « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* ».

L'abuso che faceasi nella scuola e nella giurisprudenza di questa massima prima della pubblicazione dei nuovi Codici per ragion di equità, era giunto a tale, che l' istituto della prescrizione parve annullato dalle distinzioni, ampliazioni, limitazioni e sublimitazioni, dalle cause sospensive o impedienti derivanti dalla ignoranza, dall'assenza, dalla debolezza del sesso, dal poco sviluppo delle facoltà intellettuali, dalla povertà e dalla insolvibilità, dalla forza maggiore, dalla guerra, dalla peste e somiglianti. Sicchè il Codice italiano, ritornando ai principii del diritto romano, fra le cause impedienti e sospensive ha allogata solo quella che deriva dal difetto o dalla sospensione del diritto ad agire derivanti dalle con-

(1) È stampata nel vol. 2, p. 365, *Diritto dei terzi.*

dizioni sospensive o da termine (art. 2120, 2121), presupponendo che il cominciamento o il proseguimento della prescrizione non è possibile, che quando vi sia *la possibilità giuridica di agire*; principio questo più di logica comune che di diritto, incarnato nell'art. 2140 ed applicato costantemente dal Codice, ove è occorso in varie sue disposizioni, nelle quali un dubbio avesse potuto esser mosso. Così nell'art. 2017 leggesi: « La servitù, le ipoteche, e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo possessore sopra l'immobile, vivono dopo il rilascio da lui fatto o dopo la vendita all'incanto contro di lui seguita, come gli spettavano prima del suo acquisto ».

La confusione nella stessa persona della proprietà e dei diritti sopra di essa avea spento il diritto di agire. Esso risorge quando la confusione è cessata (art. 1296).

L'art. 1300 determina il tempo nel quale incomincia la prescrizione nelle azioni di nullità per dolo, e per errore dal giorno in cui furono scoperti.

In molti altri luoghi del Codice si legge determinato quando comincia la prescrizione e quando si impedisce il diritto di agire, e reputiamo frustraneo e difficile farne una numerazione. Diciamo solamente non esser dato al giudice di valutare le ragioni per le quali si è trascurato di agire per aggiungerle a quelle determinate dalla legge. Si è voluto rendere certa l'applicazione di un istituto di interesse sociale, determinando con precisione le cause impedienti e sospensive della prescrizione, sottraendone l'apprezzamento all'equo criterio del magistrato. Anche oggi, la prescrizione per alcuni è la patrona del genere umano in diritto pubblico e privato, è la fine delle sollecitudini e delle liti, e per altri un *iniquum praesidium*, e la differenza delle opinioni individuali dei giudici non avrebbe non potuto operare sul loro criterio nella valutazione delle cause impedienti o sospensive nella prescrizione. Le applicazioni della massima « *Contra non valentem* » ecc. intesa nei suoi puri principii sono state fatte dalla legge stessa, e quando essa

tace e s' incontra in colui contro cui si propone la prescrizione, *la impossibilità di agire*, derivante non da fatto individuale e subbiettivo, ma da impossibilità che promana dalla sola legge, il giudice compie il suo dovere, negandone l' accettazione. Neanche la forza maggiore derivante dalla guerra o dalla peste o da impedimento di comunicazioni, o da sospensione dell' amministrazione della giustizia è causa legittima d' impedimento o di sospensione della prescrizione; perchè son cause *temporanee*, delle quali non bisogna tener ragione, essendo difficile da un lato, che non si possa, anche in tali casi, interrompere con una notificazione il corso della prescrizione; e dall' altro, essendo lungo il periodo della prescrizione, è sempre in colpa, chi potendo agire a tempo, si è ridotto all'ultimo giorno del termine, del quale se non può profittare, pel sopravvenuto impedimento, deve patirne le conseguenze.

E se si trattasse di prescrizioni brevi, e fosse equa cosa sospendere o prolungare il corso della prescrizione per cause generali, ciò si appartiene non all' autorità giudiziaria, ma all' autorità legislativa.

Che questo sia lo spirito del Codice italiano appare eziandio dall' avere limitato la sospensione del corso della prescrizione nel solo vantaggio del militare in servizio attivo nel caso di guerra, non perchè si riconoscesse in lui la impossibilità di agire, ma per non distrarlo dall' unico pensiero che deve predominarlo, la difesa della patria. E non ha creduto imitare il Codice austriaco, che era pure il Codice imperante in una parte del regno, che nel § 1496 stabilisce: « Essa non ha luogo nel durar dell' assenza che ha per causa il pubblico servizio civile o militare, o quando il corso del la giustizia sia interrotto, come nel durar di una peste o di una guerra ».

E neanche l' art. 512 del Cod. prussiano ove si legge: « Non si può incominciare a prescrivere contro una persona che non abbia avuto conoscenza del suo diritto o che sia nell' impossibilità giu-

ridica di esercitarlo, o che si trovi in paese straniero pel servizio dello Stato ».

Le autorità giudiziarie italiane non hanno avuto l'occasione di trattar la quistione, ma in Francia è avvenuto diversamente. Le guerre ed i commovimenti interni, che hanno non raramente turbato questo paese, hanno fatto sorgere la necessità di esaminare, se i possessori di effetti cambiarii, che per effetto di quegli avvenimenti non avessero potuto levar protesto alla scadenza, fossero o pur no decaduti da ogni diritto; e si è stato di avviso dalla scuola, dal Consiglio di Stato, dalla giurisprudenza e dal governo, che nulla avessero a temere i possessori, se esistesse la forza maggiore che gli avesse impediti a protestare gli effetti commerciali.

Una lettera del ministro Duchatel, inserita nel *Monitore* del 24 aprile 1834 diretta alla Camera di commercio di Lione dice così:

« La Camera di commercio vorrebbe, che una legge fosse immediatamente presentata per sottrarre dalla perdita dei diritti i possessori di effetti commerciali, che scadevano dal dì 8 ai 25 di questo mese e che non han potuto essere protestati in tempo utile a motivo dei guasti di cui Lione è il teatro.

« Il governo pensa uniformemente a voi ed alla Camera di commercio, che gli ultimi avvenimenti sono uno di quei casi di forza maggiore, che secondo la giurisprudenza esentano dalla perdita dei diritti i possessori di effetti commerciali ai quali le circostanze non han permesso di adempir le formalità di protesto; ma non credo che per darsi luogo a questo atto di equità, sia necessaria una legge: la giurisprudenza è formale e sufficiente » (1).

Il Vazeille propone il seguente caso: « Se un cordone sanitario decretato dalla pubblica autorità impedisce ogni comunicazione al di fuori, si sospende il corso della prescrizione? » E si decide per l'affermativa.

(1) Troplong, n. 727.

Osserviamo, che il non fare, entro i termini, il protesto, non è caso di prescrizione, ma di decadenza.

L' essere impedito per decreto dell' autorità competente in caso di guerra o di peste di avere qualunque comunicazione al di fuori, costituisce virtualmente un impedimento del diritto di agire messo dall' autorità fornita di legittimo potere, nei limiti da essa stabiliti. Onde non vien meno la nostra dottrina, che quando si verifica un fatto per il quale la legge stessa impedisce il diritto di agire, deve sospendersi il corso della prescrizione.

61. Il che ci porge la occasione di esaminare due altri casi, nei quali non si è al tutto concordi intorno al modo come debbano essere definiti.

Nel caso che una transazione, la quale ponga termine a giudizi pendenti e alle diverse quistioni che si agitavano, sia dichiarata nulla, è corsa nell' intervallo la prescrizione?

Corre la prescrizione contro l' azione nascente da sentenza di condanna, e da qual tempo?

La transazione, durante la sua vita, impedisce il diritto di proseguire i giudizii pendenti e le azioni che vi si sperimentavano. L'impedimento deriva dalla legge, perchè è dessa la quale dispone non potersi proseguire giudizii rinunziati e riprendere azioni per diritti transatti. Annullata la transazione, i giudizii pendenti e i diritti transatti risorgono nella loro interezza, e perciò la prescrizione, sospesa nel suo corso durante la transazione, lo riprende dopo che sia stata annullata. Nè una delle parti può dolersi di non essersi agito proseguendo giudizii e sperimentando diritti che per volere reciproco sono stati spenti. Se la transazione non può più avere esecuzione, non si può impedire che le cose ritornino come eran *prima* senza essere offese dal tempo, decorso per necessità di diritto fondato sul rispetto dovuto al volere delle parti.

Il nulla materiale per essenza non produce effetti. Il nulla legale non va oltre i termini legali che lo stabliscono e lo dichiarano.

La sentenza di condanna costituisce un titolo a domandare esecutivamente la cosa della quale è condanna; per cui comincia la prescrizione dell' azione sul medesimo fondata dal dì che il vincitore ha diritto di agire.

Se la sentenza è fornita di clausola provvisionale o pure è pronunziata in grado di appello, comincia la prescrizione dal giorno della pronunziazione della sentenza perchè in quel giorno nasce il diritto di agire. La intimazione è uno degli atti necessarii per far valere esecutivamente la condanna colla quale si è già sancito il diritto, ma il diritto di eseguirla nasce quando la sentenza è pubblicata.

Se la sentenza di prima istanza è sfornita di clausola provvisionale, durante il termine ad appellare e durante l' appello n' è sospesa l' esecuzione (art. 482 Codice di proc. civ.). Essendo dunque sospeso il diritto di agire durante tale periodo, la prescrizione comincia il suo corso dal dì che la sentenza di condanna diventi esecutiva, cioè dopo che è decorso il termine ad appellare, senza che siasi prodotto appello, e se si fosse prodotto, dopo che vi si fosse posto fine o colla rinunzia o colla perenzione o colla sentenza diffinitiva che confermasse quella di prima istanza. Non prima di questo termine la sentenza di prima istanza che era condizionale è divenuta pura e semplice.

È questa la risoluzione, che nasce dal mutamento di procedura, operatosi contro ciò che disponesi in Francia, nella quale durante il termine ad appellare non è sospesa la esecuzione della sentenza.

Chi vuol affrettare la esecuzione, non ha che ad intimare la sentenza per far decorrere i termini ad appellare.

Tale sistema può produrre l' effetto, che una condanna possa non esser prescritta anche dopo cento anni, nè ciò deve recar maraviglia, quando non si è messo un limite di tempo per la intimazione della sentenza e per la discussione dell'appello, lasciando

le parti in piena libertà di farlo quando vogliono, come si è lasciato loro piena libertà di opporre o non opporre la prescrizione.

62. Se non che è surta grave quistione intorno al tempo, nel quale la prescrizione cominci il suo corso nel caso di perenzione di appello; se dal giorno, nel quale è stata pronunziata la sentenza appellata, o da quello nel quale è avvenuta la perenzione dell' appello, che ha fatto passare in cosa giudicata la detta sentenza.

Il Giorgi, del quale non si sa se più ammirare la modestia o la estesa dottrina giuridica, si esprime così:

Singolare fu il caso deciso di recente dalla Corte di appello di Catanzaro e dalla Cassazione di Roma. I fatti eran questi.

Ingiunzione del Ricevitore demaniale ad un debitore di tassa. Opposizione del debitore e sentenza che la rigetta. Appello da questa sentenza, e perenzione di giudizio di appello. Si domandava da qual momento aveva preso cammino la prescrizione. La Corte di Catanzaro, considerando che l' appello perento dava effetto di cosa giudicata alla sentenza di primo grado e che una domanda perenta non ha più efficacia sulla prescrizione, scorse nella prolazione della sentenza di rigetto dell' opposizione il punto di partenza della nuova prescrizione. E si appose bene. Nè comprendiamo da quali ragioni sia stata mossa la Corte di cassazione romana a decidere in contrario, pretendendo che la prescrizione sia rimasta sospesa durante il giudizio di appello, tuttochè perento. Dire, che il ricevitore non aveva interesse ad agire perchè gli soccorreva il titolo del credito e non il solo fatto dell' istanza giudiziale, per poi concludere che la prescrizione rimase sospesa dall'istanza perenta, è contraddizione in termini: ed è anche falsa asserzione, perchè a lui e non ad altri doveva premere di levar di mezzo l' ostacolo della perenzione. Ci sembra anche petizione di principio, perchè dà per dimostrato ciò che doveva dimostrarsi, cioè l' effetto sospensivo di una procedura perenta, e ci sembra in ultimo manifesta violazione dell' art. 2128,

per cui resta libero il corso alla prescrizione, se la dimanda cade in perenzione (1).

Dividiamo l' avviso della Corte di cassazione di Roma seguito dalla Corte di cassazione di Napoli.

Togliamo di mezzo alla discussione una ragione, la quale secondo noi non ha alcun valore e tende ad oscurarla.

La legge riconosce nelle parti litiganti una completa eguaglianza nel recare a termine i giudizii. L' una o l' altra può rendersi diligente, o starsene ad attendere quello che fa l' avversario. Per non rendere eterni i giudizii, si è determinato, che decorso uno spazio designato di tempo senza alcun atto di procedura, la istanza si annulli per perenzione. E della perenzione profitta l' una e l' altra parte, l' attore e il convenuto, l' appellante e l' appellato e non ne profitta alcuna di esse, se entrambe vogliono proseguire il giudizio. Il che si verifica anche nelle opposizioni a precetto o pignoramento (art. 566, 581). Il ricevitore forse poteva avere interesse a non far discutere l' appello, temendo dell' esito ed ha aspettato che si perimesse: l'appellante forse non ne ha affrettata la discussione, certo di succumbere. Forse è stata semplice desidia reciproca. Qualunque sia la ragione, per cui da entrambe le parti si è lasciato perimere l' appello, ciascuna ha usato di un suo diritto, e l' averne usato in un modo piuttosto che in un altro non può prestare alcun argomento a favore di una piuttosto che dell'altra opinione.

L' appello, o sia definito con sentenza di rigetto, o termini colla rinunzia o colla perenzione, produce l'identico effetto, cioè fa passare in cosa giudicata la sentenza appellata; il che non può non aver luogo che nel tempo nel quale l'appello ha fine in qualunque siasi modo. In quel momento si rimove definitivamente l' ostacolo

---

(1) Cassaz. di Roma, 8 novembre 1884; Foro X, 1, 64, Giorgi vol. VIII, n.° 292.

alla esecuzione dell' ingiunzione e da quel momento il ricevitore riprende il diritto di proseguirla.

La ragione del dubitare può sorgere dall' articolo 2128, il quale dispone, che si ha come non interrotta la prescrizione, se l' attore recede dalla domanda, se la dimanda è perenta, se la dimanda è rigettata.

Ma questo che disponesi della domanda non può applicarsi all' appello. Imperocchè, annullata la istanza ed i suoi effetti, mercè la perenzione, non è perciò prescritta l' azione, come se l' istanza non fosse stata messa in atto. Annullata invece la istanza di appello, passa in cosa giudicata la sentenza appellata nello stesso modo come questa vi passa, se l' appello abbia fine o col rigetto, o colla rinunzia. Se il momento del passaggio in cosa giudicata accade nello stesso tempo e nello stesso modo, nello stesso momento rinasce il diritto di agire. Lo svegliarsi del diritto di agire non può aver luogo che quando la causa del sonno è cessata. Se l' articolo 2128 dovesse estendersi anche alla istanza di appello, non potendosi scindere, dovrebbesi applicare nella sua integrità, anche cioè che si rinunziasse all' appello, o che l' appello fosse rigettato. Il che non è giuridicamente possibile; imperocchè non si può ritenere, che diventi giudicato la sentenza appellata prima che l' appello sia definito, continuando per testo espresso di legge la sua sospensione durante l' appello (1).

Vi è pure una terza opinione fondata sull' articolo 340 del Codice di procedura. Questo articolo dispone: « Che la perenzione si opera di dritto » ma si aggiunge: « Quando voglia continuarsi l' istanza scaduto il termine, chi intende approfittare della perenzione deve proporla espressamente prima di ogni altra difesa, altrimenti si ritiene che vi abbia rinunziato.

---

(1) Cassaz. di Napoli 10 luglio 1888 uniforme a quella della Corte di cassaz. di Roma.

E si ragiona così: La perenzione si opera di dritto, ossia il termine, entro il quale si compie, è *perentorio*: modificazione questa importante del sistema francese, giusta il quale il termine è comminatorio, ossia decorso il termine, si può interrompere il corso della perenzione, finchè non sia dimandata. Ma il Codice italiano ha agguagliata la perenzione dell' istanza alla prescrizione dell' azione. L' una e l' altra si compiono scaduto il termine designato dalla legge, termine perentorio, non prorogabile. Ma entrambe si applicano *ope exceptionis*. Il giudice non può supplire di ufficio alla perenzione ed alla prescrizione, ma debbono essere proposte dalle parti. La parte, che non intende valersi della perenzione, prosegue il giudizio, e se l' altra parte vuole profittarne, deve proporne l'eccezione prima di ogni altra difesa.

Vi occorre dunque una sentenza, la quale dichiari la perenzione, perchè possa aver termine il giudizio; e dopo tale dichiarazione in appello, la sentenza appellata fa passaggio in cosa giudicata. In somma l' appello è pendente, finchè non sia pronunziata la sentenza, che o lo rigetti, o lo dichiari rinunziato o perento; e dalla pronunziazione di essa riprende il suo corso la prescrizione, non prima.

Non accettiamo questa opinione.

L' articolo 340 è una riproduzione dell' articolo 644 del Codice di procedura per gli Stati sardi. Questo è scritto così:

La prescrizione si compie per opera della legge, e colui il quale profitta non ha bisogno di chiedere al giudice una dichiarazione relativa. Quando la istanza voglia continuarsi. . . . . e termina l'articolo: La eccezione si propone per incidente.

Il Codice italiano ne ha accettato pienamente il concetto, togliendone la parte soprabbondante.

La perenzione si opera di dritto. Ciò importa non solo, che il termine sia perentorio, ma che la perenzione produca il suo effetto senza che sia necessaria una dichiarazione del magistrato.

Non è già che sia vietato alla parte di adire il giudice per ottenere una tale dichiarazione, specialmente quando teme, che la sua avversaria non sia disposta ad ammettere di essersi già verificata la perenzione, ma non l'è vietato ancora di dar esecuzione alla sentenza impugnata, ritenendola di dritto passata in cosa giudicata.

Se la parte avversaria non si oppone, non vi ha lite e l'esecuzione avrà il suo corso.

Se poi propone la pendenza del giudizio, per non essersi verificata la perenzione, il giudice dell'esecuzione sospende di provvedere, rinviando la cognizione dell' incidente di perenzione all'autorità giudiziaria presso la quale l'appello è pendente.

Avviene per la perenzione quello che si verifica per la prescrizione acquisitiva ed estintiva.

Colui, nel cui favore la prescrizione si è operata, si ritiene come proprietario assoluto dell' immobile, o come un debitore già liberato dalla sua obbligazione, e così opera e procede. Ma se il vero proprietario o il creditore agiscono contro il possessore o il debitore, e costoro propongono la eccezione di prescrizione, su tale eccezione si contesta la lite.

Quando la legge, per virtù sua, opera sull' estinzione di un diritto, o sulla sua sussistenza, ciò vuol dire, che l' autorità giudiziaria non debba mescolarvisi, che quando la parte pretende che questo la legge non dica, o che il fatto per lo quale il dica, non vi si presti. Ma quando le parti tacciono, colui nel cui favore si è il diritto acquistato per legge, mette in forza della stessa legge, in esecuzione il suo diritto. Altrimenti, se avesse necessità di implorare l' autorità giudiziaria per far riconoscere il diritto, non oppugnato, si autorizzerebbero giudizii di jattanza che il Codice non riconosce, e si annullerebbe il beneficio che la legge concede quando dispone, che essa operi da sè, di dritto, senza ministero di giudice.

63. Non si può tacere di un'altra quistione sullo stesso oggetto, che presenta non lieve difficoltà.

Quando la Corte di cassazione cassa una sentenza, manda la causa ad altra autorità giudiziaria di grado eguale a quella che pronunziò la sentenza (art. 544). La cassazione della sentenza importa l'annullamento della sentenza e degli atti posteriori ai quali la sentenza cassata abbia potuto servir di base. E se la sentenza sia cassata in alcuno dei capi, restano fermi gli altri, salvo che siano dipendenti dal capo in cui la sentenza fu cassata.

La sentenza che cassa è per cura di una delle parti notificata all'altra.

Quando la sentenza ordini il rinvio ad altra autorità giudiziaria, la causa vi è portata ad istanza di una delle parti con citazione in via sommaria: art. 546.

Il Cancelliere della Corte trasmette copia della sentenza di cassazione all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza cassata, per essere scritta nei suoi registri.

La Corte di cassazione di Roma, non con una, ma con molte sentenze, ha ritenuto, che la perenzione non possa cominciare a correre contro l'appello, del quale deve giudicare l'autorità giudiziaria di rinvio, se non dopo che sia stata intimata la sentenza di annullamento della Corte di cassazione, e citate le parti in via sommaria a comparire innanzi la nuova autorità giudiziaria, perchè senza di ciò non vi è ancora giudizio pendente fra le parti, non citate e forse ignoranti della sentenza di cassazione.

Per contrario, la Corte di cassazione di Napoli, non con una ma, anch' essa, con più sentenze, si è avvisata per un partito opposto, cioè che l'appello diventa pendente appena pronunziata la sentenza di cassazione: per cui la perenzione di esso comincia a decorrere dal dì seguente alla pubblicazione della sentenza di cassazione.

Seguiamo l'avviso della Corte di cassazione di Napoli.

La sentenza della Corte di cassazione, colla quale si cassa una sentenza e si rimanda la causa ad altra autorità giudiziaria, che si deve specificare, opera *ipso jure*. La sentenza cassata esiste materialmente perchè non si può cassare dai registri, nè strapparne le carte sopra le quali è scritta; ma ha cessato, *ipso jure*, di esistere *legalmente* per effetto della sentenza che si trova successivamente scritta negli stessi registri. La nuova autorità giudiziaria designata dalla Corte di cassazione è chiamata *ipso jure* a giudicare quell'appello, che, dichiarata inesistente la sentenza che l'aveva definito, è diventato pendente. Onde, se alcuna delle parti non ne prosegue la discussione con un atto qualsiasi dal dì della pronunziazione della sentenza della Corte di cassazione nel termine stabilito dalla legge, l'appello è perento.

Chi vuol proseguire la discussione dell' appello, deve intimar la sentenza della Corte di cassazione e citar l'avversario a comparire innanzi l' autorità giudiziaria cui la causa è stata assegnata. Questa citazione equivale ad un semplice atto di avviso; poichè l'atto di appello contiene e la *causa petendi* e l' oggetto della domanda, e l'autorità giudiziaria competente a giudicar la causa, cui si sostituisce quella che la Corte di cassazione ha designata. L'uso di tal procedura costituisce proseguimento del giudizio necessario da parte di chi intende proseguirlo, non da parte di chi cerca di farlo estinguere per far passare in giudicato la sentenza impugnata. Nè questi deve fare ciò noto all'avversario, che deve sapere in che stato si trovi la procedura e quali ne sieno gli effetti quando non si faccia alcun atto nel tempo designato.

Accade lo stesso, quando nel corso del giudizio di prima istanza è pronunziata una sentenza non definitiva. Chi vuol proseguire il giudizio, ne prende copia, la intima all' altra parte, e la cita a comparire innanzi al Collegio per la spiegazione delle provvidenze riserbate. Ma chi vuole la perenzione dell' istanza non deve che tacersi, sperando che l'avversario faccia lo stesso. Niuno

in tal caso dà avviso all'altro della sentenza pronunziata e o cita a comparire.

Lo stesso accade quando una sentenza di Corte di appello rigetti l'appello contro sentenza non diffinitiva del tribunale. Dal dì della pronunziazione della sentenza della Corte di appello, comincia il suo corso la perenzione della prima istanza, *ipso jure*, senza che colui il quale intende a questo scopo, sia obbligato a intimar la sentenza della Corte di appello o a fare altro, prima che possa aver cominciamento la prescrizione.

Ciò pratica chi vuol proseguire il giudizio, non chi vuole spegnerlo.

Per noi è chiaro, che l'appello rimasto pendente per virtù della cassazione di una sentenza, che sul medesimo aveva pronunziato, è perento dopo tre anni, dal dì della pubblicazione.

64. Epiloghiamo tutta la dottrina.

La prescrizione comincia il suo corso quando nasce il diritto di agire, salvo il caso che la legge ne impedisca il cominciamento in modo espresso.

Si sospende il corso della prescrizione quando sopravviene un fatto, per ragione del quale è per legge negato il diritto di agire, per riprendere il suo corso, quando è rinato il diritto.

Si sospende il corso della prescrizione quando sopravviene un fatto pel quale non ostante l'esistenza del diritto di agire, espressamente la legge lo stabilisce o per la condizione delle persone o per altre considerazioni morali.

Tale dottrina è accettata dalle diverse Cassazioni del regno e principalmente da quella di Napoli. E se in alcuni ragionamenti di sentenze vi ha qualche cosa di poco corretto, esaminando la specie definita e confrontandoli con altre considerazioni, il concetto vero giuridico non è offeso (1).

---

(1) Corte cass. Napoli, 28 gennaio 1879, 31 marzo 1879, sezioni riunite.

65. A chi profitta la causa della sospensione?

La legge tace. È di ragione, che la causa della sospensione debba profittare solamente a colui, nel cui interesse è stata stabilita.

Nella scuola francese è nato il dubbio, se la sospensione della prescrizione a favore di uno dei creditori in solido giovasse agli altri. Il Codice ha definita la quistione, pronunziandosi per la negativa (art. 2122). Il credito essendo divisibile fra i creditori, colui, nel cui interesse è ammessa la sospensione della prescrizione, conserva il diritto di agire per la sua quota, ed è estinto il diritto degli altri creditori per la quota rispettiva per effetto della prescrizione.

Il Ricci (1) chiede: se il debitore, giovandosi della prescrizione compiuta ne' suoi rapporti coll' altro creditore maggiorenne, possa ricusarsi di pagare al minore la quota che sul credito apparteneva all' altro creditore; e se, nella negativa, il creditore, contro cui la prescrizione si è compiuta, abbia l' azione contro l'altro creditore, contro il quale non è corsa prescrizione, per esigere la sua quota sull' intera somma pagata a costui dal comune debitore.

La prescrizione, egli dice, operando sull' azione, ed appartenendo essa per intero e all' uno e all' altro creditore, l' azione non prescritta competente ad uno dei creditori non può essere diminuita, per essere l' azione competente all' altro creditore colpita dalla prescrizione. Il diritto di agire, per l' intero, si conserva, come è, dal creditore nel cui vantaggio non è corsa la prescrizione e per intero può essere esercitato contro il debitore. Se egli esige l' intero può ritenere la sola sua quota e deve dare agli altri creditori la quota rispettiva, perchè l' estinzione del loro diritto di agire contro il comune debitore, non può estinguere l' azione

(1) Vol. 5, n. 180.

che ciascun creditore ha contro l'altro creditore solidale che ha esatto l'intero, di farsi restituire la sua quota.

Pare a noi manifesta l'erroneità di questa opinione.

Ciascun creditore solidale non è considerato come solo ed unico creditore del debitore comune, sicchè possa egli disporre del credito. Il Codice italiano considera i creditori solidali come associati nel credito, e non attribuisce a ciascuno di loro che un semplice mandato per chiedere e ricevere il pagamento di ciò che agli altri è dovuto. Per cui il debitore liberato verso uno dei creditori solidali per rimessione del debito per novazione, per transazione non lo è a riguardo degli altri, se non per la parte di colui, che ha fatto la rimessione, che è concorso nella novazione o nella transazione, e la prestazione del giuramento deferito da uno dei creditori solidali non libera il debitore che per la porzione dovuta a quel creditore (art. 1185, 1373).

Essendo dunque i creditori solidali mandatarii l'uno dell'altro, unicamente per chiedere e ricevere il pagamento del debito, estinto il diritto di agire del mandante per prescrizione, si estingue necessariamente il diritto di agire da parte dei suoi mandatarii creditori solidali per chiedere ed esigere anche il pagamento della quota di lui. Se il mandante ha perduto il diritto, non può conservarlo il suo mandatario.

L'art. 672 dispone che la sospensione della prescrizione della servitù a vantaggio di uno dei comproprietarii dell'immobile cui è dovuta, profitta anche agli altri. I comproprietarii di un fondo si reputano mandatarii l'uno dell'altro per la *conservazione* del fondo comune, e quando la servitù dovuta a tutto il fondo indiviso si *conserva* da uno di essi, necessariamente è conservata per tutti i comproprietarii; chè altrimenti cessando di doversi a tutto il fondo, non si saprebbe a quale parte fosse conservata e per quale estinta, e non sarebbe più vero, che l'un condomino è mandatario dell'altro per la buona conservazione della cosa comune (art. 676, 677, 678).

Alcuni scrittori e con essi la Corte di cassazione di Parigi ritengono, che, se operandosi la divisione del fondo, cui è dovuta la servitù, cada nella quota di colui, nel cui rispetto questa sarebbe prescritta, cessi per lui il diritto di giovarsi della sospensione della prescrizione esistente a favore degli altri condomini: e ciò per l'art. 1034, secondo il quale ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditarii.

Ciò a noi non pare. Il fondo cui è dovuta la servitù, facendo parte del patrimonio indiviso, è conservato quale è, ed è valutato nell'interesse di tutti i condividenti col diritto della servitù, ad esso inerente, e coll'esistenza di un tal diritto è compreso nella quota di alcuno di essi. Di questo maggior valore si vantaggia anche colui nel cui favore la prescrizione è stata sospesa; e se la servitù poscia si fa estinguere si arreca nocumento anche a costui per la garentia cui è tenuto (art. 1035).

Gli art. 671 e 672 sono scritti in termini generali, senza alcuna distinzione; sicchè quella, che si vuol fare tra fondi comuni indivisibili, tra fondi comuni divisibili e non ancora divisi, e tra fondi comuni divisi nel fine di negare l'applicazione dello art. 672 al caso che il fondo divisibile si sia poscia diviso, è arbitraria.

All'art. 1034 si dà poi un'estensione, che la sua lettera ed il suo spirito non consente.

I fondi che sono comuni possono durante la comunione essere conservati nello stato in cui si trovano colle loro servitù attive e passive, e possono essere ancora trasformati o migliorati per opera dei condomini. In qualunque quota essi ricadono, *si reputa* che il condividente li abbia ricevuti direttamente dal defunto e non dagli altri condividenti, nel fine d'impedire che proprietarii e creditori, cui taluno dei condividenti ha vincolata la sua quota, pos-

sano molestarlo: il che non impedisce, che il fondo è dal condividente cui è assegnato, ricevuto nello stato in cui è stato o conservato o trasformato o migliorato. La indivisione lascia le sue traccia che non si possono cancellare: essa non può sparire come se non fosse per nessun tempo esistita. Se dunque nel corso della indivisione la servitù inerente al fondo si è conservata per ragione speciale di alcuno dei condividenti, non si può dire estinta quando il fondo è assegnato ad alcuno di essi e perchè, la servitù preesistendo al cominciar del condominio, deve continuare in chi riceve il fondo direttamente dal suo autore e perchè, per virtù di legge, essa si reputa conservata, durante l'indivisione, nell'interesse di tutti (1).

66. Si è presentata nei tribunali la quistione, se, essendo diviso l'usufrutto dalla proprietà, la sospensione della prescrizione a favore dell'usufruttuario giovi al proprietario, e viceversa, se la sospensione a vantaggio del proprietario giovi all'usufruttuario.

Distinguiamo i diritti reali dai personali.

Quando un immobile è gravato di un usufrutto, vi sono due diritti distinti, quello di proprietà e l'altro di usufrutto. Dal che discenderebbe, che la sospensione della prescrizione nell'interesse dell'usufruttuario non potrebbe profittare al nudo proprietario. Se non che è da notare, che non è possibile l'acquisto della proprietà mediante la prescrizione, senza che si sia avuto il possesso legittimo per lo spazio necessario per prescrivere. Il che non essendo accaduto, il nudo proprietario non può perdere la proprietà che continua a possedere per mezzo del suo usufruttuario.

La sospensione della prescrizione nell'interesse del nudo proprietario non può profittare all'usufruttuario, il cui diritto si è estinto pel non uso. Questi ha perduto il diritto all'usufrutto,

---

(1) Le Roux de Bretagne, che riassume tutta la dottrina della scuola francese, n. 616; Germano, *Trattato della servitù*, vol. 2, n. 423; Pugliese, vol. 2, n. 273; Ricci, II, 493; Borsari, § 1892.

che si sarebbe consolidato colla proprietà, se, in vece sua, non lo avesse acquistato il terzo possessore, il quale è divenuto usufruttuario rispetto al nudo proprietario. Se non che l' usufrutto di lui si estingue, consolidandosi colla proprietà, appena che è morto l' antico usufruttuario, non avendo potuto il nuovo usufruttuario acquistar per prescrizione che quello stesso usufrutto che aveva l' antico.

L' usufruttuario delle annualità o d' interessi di un diritto di rendita o di un capitale, che non ha perduto il diritto di usufrutto per prescrizione, impedisce che il creditore del diritto di rendita o del capitale, nel cui interesse non vi è stata sospensione, possa perderlo per prescrizione, perchè rispetto al debitore non vi è che un diritto solo, quello del creditore, sia esercitato personalmente da lui, sia da un terzo per lui. Se l' usufruttuario per mezzo del quale il creditore esercita il suo diritto, ha tuttavia il diritto di riscuotere le annualità o gl' interessi, il debitore non liberato dal pagamento dei medesimi, non è liberato neanche di continuarli a corrispondere al creditore, quando il diritto di usufrutto si è consolidato colla proprietà del diritto di rendita o del capitale.

Se poi la prescrizione è sospesa nell'interesse del creditore del diritto di rendita o del capitale, e l' usufruttuario ha trascurato di esigere le annualità o gl'interessi, il diritto di usufrutto si è estinto pel non uso e si è consolidato nel creditore. Il debitore rimane però liberato dal pagamento delle annualità o degli interessi scaduti, durante l' usufrutto, perchè spettavano all' usufruttuario che li ha lasciato prescrivere.

L' opinione della scuola e della giurisprudenza è molto divisa sulla risoluzione di tali quistioni (1).

---

(1) Le Roux de Bretagne, 614; Laurent, XXXII, 75; Aubry e Rau, § 214, nota 41; Giorgi, vol. VIII, n. 262; Pugliese, vol. I, n. 204 *bis*.

67. Proudhon (1) propone la seguente quistione: Può opporsi agli eredi della moglie usufruttuaria universale dei beni del marito la prescrizione della dimanda della dote proposta contro gli eredi del marito, se sono decorsi trent'anni dalla cessazione dell'usufrutto? E con un gran numero di argomenti si sforza di dimostrare, che durante l' usufrutto il corso della prescrizione è sospeso o interrotto.

Troplong per contrario e con lui il Laurent propugnano la opinione contraria avvalorata da un arresto della Corte di cassazione del 17 agosto 1819.

L' articolo 569, compilato più chiaramente di quello, faccia il Codice francese, stabilisce, che l' usufrutto di un patrimonio o di una quota di patrimonio deve per intero o in proporzione della sua quota soggiacere al pagamento di tutte le annualità sì perpetue che vitalizie, e degl' interessi di tutti i debiti o legati di cui il patrimonio è gravato. Trattandosi del pagamento del capitale, se l'usufruttario anticipa la somma, per cui il fondo deve contribuire, gli viene restituito, alla fine dell' usufrutto, lo stesso capitale senza interesse: se l' usufruttuario non vuole fare tale anticipazione, è in facoltà del proprietario o di pagare tale somma, ed in questo caso l' usufruttuario glie ne corrisponde l' interesse durante l' usufrutto, o di far vendere una porzione dei beni soggetti all' usufrutto fino alla concorrenza della somma dovuta.

La vedova, creditrice degli eredi del marito della dote e degli interessi, ed usufruttuaria nello stesso tempo di tutto il patrimonio, non ha diritto di agire contro gli eredi del marito per il pagamento degl'interessi, perchè essa nello stesso tempo è creditrice e debitrice, *actio et passio in una eademque persona* (art. 1296); ma avrebbe il diritto di dichiarare agli eredi del marito di voler

---

(1) *Trattato dei diritti di usufrutto,* n. 759. Contra: Troplong, n. 722, oltre l' addizione finale alla sua opera.

pagare a sè stessa la dote durante l' usufrutto, per ripeterne la restituzione finito il medesimo, poichè questo diritto le concede espressamente la legge. Se non fa questa dichiarazione nel caso che non le sieno dovuti interessi, se conserva un assoluto silenzio, senza intendersi con i proprietarii, il suo diritto di credito si estingue coll' aver trascurato di fare quello, che era necessario per conservare il suo diritto, sebbene il non farlo fosse stato originato da una pratica di mera forma e la cui omessione non poteva arrecare alcun danno effettivo a sè quale usufruttuaria ed agli eredi del marito quali proprietarii.

Ma la cosa non è così, quando il capitale produce interessi, come accade nel caso proposto, decorrendo *ipso-jure* gl' interessi sulla dote dallo scioglimento del matrimonio. Gl' interessi, che la vedova dovrebbe esigere, se non fosse usufruttuaria, dagli eredi del marito, sono annualmente estinti mediante la confusione nella sua persona di creditrice e di debitrice, e qualunque sia la causa della estinzione, gli eredi del marito ne rimangono liberati. E la soddisfazione per mezzo dell' usufruttuario, è soddisfazione fatta dai proprietarii per mano di lui. Ora il pagamento annuale degl' interessi, mercè confusione o compensazione che dir si voglia, costituisce un annuale riconoscimento del capitale da parte dei proprietarii. Se creditrice della dote non fosse la vedova, ma creditore fosse un terzo, il pagamento degl' interessi, che gli facesse la vedova usufruttuaria, sarebbe certamente un'interruzione della prescrizione anche da parte dei proprietarii; il che non deve variare perchè sia creditrice la stessa usufruttuaria, che dovrebbe esigere gl' interessi da sè stessa e con sè li compensa; ossia non muta quando ha luogo la confusione, che impedisce il diritto di agire, essendo venuta meno la materia di esso.

CAPO QUARTO

DELLE CAUSE, PER CUI S' INTERROMPE LA PRESCRIZIONE.

SOMMARIO

vante dai registri degli enti morali — 97. Se a dimostrare l'esistenza del fatto interruttivo può ammettersi il giuramento decisorio o suppletorio — 98. L'atto di riconoscimento è efficace anche quando non sia stato accettato — 99. È valido anche fatto da chi è capace di alienare — 100. Durata dell'interruzione operata dal riconoscimento — 101. La interruzione fatta verso un debitore solidale nuoce agli altri debitori — 102. La interruzione fatta da un creditore solidale giova agli altri creditori — 103. Lo stesso è nelle obbligazioni indivisibili — 104. L'interruzione fatta dal creditore verso il debitore principale o il suo riconoscimento, nuoce al fidejussore; e viceversa: discussione sul proposito — 105. La interruzione fatta dal coerede o condomino nell'interesse della comunione, senza mandato, giova a tutti — 106. Se l'interruzione fatta dall'usufruttuario giovi al nudo proprietario e viceversa — 107. Se l'interruzione fatta al creditore anticretico o fatta da lui giovi o nuoccia al proprietario — 108. Se le interruzioni fatte dall'erede apparente o viceversa giovino o nuocciano ai veri eredi — 109. Se la espropriazione è atto interruttivo verso tutti i creditori — 110. Quando s'interrompe la prescrizione nel giudizio di purga — 111. Non si dà interruzione da un'azione ad un'altra.

68. Chi agisce durante il tempo necessario per prescrivere rende inutile il tempo passato, come se in quel momento e non prima fosse nata l'azione. Ciò dicesi *interrompere* la prescrizione e l'atto prende nome d'*interruttivo*, di *interruzione civile*, diverso dalla *sospensione*. In questa non si computa il tempo, nel quale il corso della prescrizione è sospeso, congiungendosi quello che precede con quello che succede alla sospensione, dedotto il tempo intermedio. Se il fatto sospensivo precede il cominciamento della prescrizione e lo impedisce, non si computa del tutto (art. 2124).

I modi di agire, considerati come atti interruttivi sono specificatamente indicati dal Codice, il quale non segue interamente il francese, come noteremo nei luoghi opportuni (1).

69. Qualunque atto che costituisce in mora il possessore (2)

(1) Oggi, nelle province meridionali, nelle quali il Codice su questa materia era uniforme al francese, è giurisprudenza della Corte di cassazione che i modi di agire indicati dal detto Codice non siano tassativi, come appare dalle sentenze 20 gennaio 1879 e 20 febbraio 1888, mutandosi l'avviso espresso nella sentenza precedente del 28 gennaio 1878.

(2) La parola *possessore* non è nel testo dell'articolo: lo abbiam supplito, parendoci che vi sia virtualmente compreso.

o il debitore d' adempiere la sua obbligazione, è atto interruttivo (art. 2125).

Già fin dai tempi di Giustiniano una protesta fatta o innanzi al magistrato, o innanzi a tre persone, o un libello presentato al Principe interrompeva la prescrizione (1).

Il Diritto canonico riconobbe l' effetto interruttivo degli atti di messa in mora (2).

Ed il Codice italiano, dipartendosi dal francese, tali li ha conconsiderati. Il che non solo costituisce un notevole miglioramento, ma serve a chiarire o a risolvere alcune quistioni nascenti dagli altri modi di agire ammessi dal Codice francese ed italiano, sulle quali la scuola francese è discorde.

L' atto di messa in mora è la manifestazione che il creditore o il proprietario fa al suo debitore o al possessore della sua volontà che essi facciano, o non facciano, o che diano o consegnino la cosa, in questo consistendo ogni obbligazione (art. 1218, 1219, 1223).

Non può ritenersi atto di messa in mora e d' interruzione la notificazione, che l' art. 560 del Cod. di proc. civ. impone farsi all' erede del titolo esecutivo contro il defunto per renderlo esecutivo contro l' erede. La maggioranza della scuola francese confortata da un arresto della Corte di cassazione del 22 marzo 1822 non fa dubbio di ciò, perchè tale intimazione non è nè un precetto nè un sequestro (3). Il dubbio nasce pel Codice italiano, il quale annovera fra gli atti interruttivi *qualunque* atto di messa in mora. Or chi fa la intimazione del titolo all' erede per renderlo esecutivo contro di lui dimostra di voler agire per esigere l'adempimento dell'obbligazione; ma non contenendo invito ad adempiere

---

(1) L. 2, Cod. *De annali praescript.*, VII, 40; L. 2, Cod. *Quando libellus* ecc., I, 20.

(2) *Extravag. de reg. jur.* cap. *malae fidei.*

(3) Le Roux de Bretagne, n. 518; Laurent, 112 ed altri.

l' obbligazione non può dirsi atto di messa in mora, solo atto considerato dal Codice come interruttivo (1).

La intimazione *pura* e *semplice* della cessione al debitore ceduto si può considerare come atto interruttivo?

La intimazione della cessione ha per iscopo di far conoscere al debitore, che il cessionario è diventato proprietario del credito, e che, se vuole validamente liberarsi, deve pagare a lui; produce anche l' effetto di renderla operativa rispetto ai terzi. Ma la intimazione non contenendo invito a pagare, non può essere considerata come atto di messa in mora. La scuola francese rappresentata da Troplong, Marcadè, Boileux e Le Roux de Bretagne opinano, che quante volte l' intimazione della cessione s'incontri in precedenti sequestri del credito ceduto, avendo gli effetti del sequestro, debba considerarsi come atto interruttivo. Di che non sapremmo vedere l'utilità pratica, perchè i precedenti sequestri hanno già interrotto la prescrizione del credito sequestrato nell' interesse del proprietario del medesimo, rappresentato dal cessionario.

70. L' atto di messa in mora deve esser notificato al debitore; essendo altrimenti in *mente retentum*, non produce alcun effetto. Se la notificazione sia nulla per incompetenza dell' uffiziale, che l' ha eseguita, o per difetto di forma, non è considerato l'atto come interruttivo (art. 2128).

L' uffiziale, che ha intimato l' atto, *incompetente* a farlo perchè non ha alcuna facoltà di fare intimazioni, in ciò è un privato, che non può far fede di quello, afferma di aver fatto; per cui la intimazione non può avere alcun effetto. Ma, se egli è competente a fare intimazioni, l' atto non è viziato, perchè l' atto di messa in mora può stipularsi da qualunque usciere, purchè però sia competente per territorio (art. 175 della legge dell' ordinamento giudiziario).

---

(1) Giorgi, vol. VIII, n. 273; Ricci, vol. V, n. 189.

La nullità della forma dell' atto di messa in mora impedisce, che sia considerato come atto interruttivo.

L' art. 56 del Cod. di proc. stabilisce, che non si può pronunziare la nullità di alcun atto di procedura (ed atto di procedura è quello di messa in mora), se la nullità non sia dichiarata dalla legge—Possono tuttavia annullarsi gli atti che manchino degli elementi, che ne costituiscono l' essenza. E può servir di esempio quello che la legge dispone intorno alla nullità degli atti di citazione (art. 145 Cod. di proc.).

71. L' effetto che produce l' atto di messa in mora, è di cancellare irrevocabilmente il tempo decorso dalla prescrizione, che lo precede, senza mutare nè la natura nè le condizioni dell' azione. Sicchè il domani dell' atto comincia il suo corso una novella prescrizione della stessa durata della precedente. Di ciò si era dubitato, ma ora è pacifica la scuola e la giurisprudenza. Così, se l'atto di messa in mora si riferisce al pagamento d'interessi prescrittibili fra cinque anni, comincia di nuovo il quinquennio della prescrizione di essi il domani dell' atto di messa in mora. Questo, qualunque tempo decorra, farà prova di essersi manifestata al debitore la volontà di esser pagato, e che la prescrizione siasi interrotta in quel determinato giorno (1).

72. È atto interruttivo *la domanda giudiziale* (art. 2128).

La domanda giudiziale si propone con citazione, salvo che la legge stabilisca altra forma (art. 37 proc. civ.); quali sarebbero, la domanda riconvenzionale, l' intervento nel giudizio, le domande nei giudizii di graduazione sul prezzo degl' immobili venduti, di distribuzione del denaro ricavato dall' esecuzione mobiliare, di assegnazione di crediti, e nei fallimenti, ed anche le domande fatte sotto forma di eccezioni, che fossero per legge permesse, come quelle della compensazione.

---

(1) Cass. di Napoli, 14 dicembre 1881.

La scuola francese muove dei dubbii intorno all' estensione che diamo alle parole *domanda giudiziale*; ma ciò dipende dal perchè il Codice francese usa la frase ristretta *citazione giudiziale*, nè si trova nel Codice di procedura alcuna disposizione, che corrisponda a quella contenuta nel nostro art. 37. La Corte di cassazione di Napoli, a 27 aprile 1876, fu d' avviso che una dimanda di graduazione fatta sotto l' impero della legislazione napolitana, uniforme alla francese, bastasse ad interrompere la prescrizione, tutto che non notificata al debitore espropriato. Il Codice italiano, mutando la frase, non ha innovato, ma ha chiarito i dubbii che precedentemente si eran promossi.

73. La domanda è efficace, anche quando sia innanzi a *giudice incompetente*, innovazione questa fatta dal Codice francese al Diritto romano, e la scuola si studia di darne una ragione, che la giustifichi tanto più che il Codice dichiara inefficace la domanda intimata da usciere incompetente per territorio. Per noi la cosa è molto agevole. La incompetenza del giudice chiamato a conoscere della domanda, non può mutare il contenuto di essa, esprimente la volontà, che il possessore o il debitore adempiendo l' obbligazione facciano, non facciano o restituiscano la cosa. Se l' atto non può produrre tutti gli effetti della domanda giudiziale, come atto di messa in mora interromper deve il corso della prescrizione.

74. L' effetto della domanda giudiziale non è identico a quello dell' atto di messa in mora.

La sentenza, la quale deve definitivamente provveder sulla domanda, non può essere immediatamente pronunziata per ragioni indipendenti dalla volontà delle parti, ma per necessità di cose, espresse nelle leggi del procedimento. Onde si retrotrae la efficacia della sentenza al tempo, nel quale è stata proposta la domanda. Le parti, durante il giudizio, sono in continua azione e reazione: sicchè nelle leggi romane è formulato il principio: « *Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae in judicio, salvae*

permanent » (1). Segue da ciò che la prescrizione non corre dal dì della domanda sino alla sentenza che pone termine alla lite.

75. Se la dimanda è rigettata, in modo che non possa più rinnovarsi, ostandovi, se si riproduce, la cosa giudicata, cessa la materia della prescrizione.

Se la dimanda è ammessa in tutto o in parte, che devesi dire della prescrizione del diritto che la sentenza ha riconosciuto e dell'azione che produce? Abbiamo risposto a questa quistione nel numero 61 del capitolo terzo riguardante le cause che impediscono, o sospendono il corso della prescrizione.

Se il giudice si dichiara incompetente, quando la prescrizione riprende il corso?

La regola, che, durante il giudizio, la prescrizione non corra, deve avere tutta la sua virtù, finchè non termini con una dichiarazione d'incompetenza. Durante il giudizio, le parti sono state in continua azione, e la prescrizione comincia di nuovo a correre quando la sentenza dichiarativa dell'incompetenza può avere il suo effetto o per essere fornita di clausola provvisionale o per essere decorso il termine ad appellare o per essersi prodotto l'appello e definito, ed ha la stessa durata della prescrizione precedente, come se vi fossero interceduti nell'intervallo tanti atti di messa in mora.

Ciò non persuade al Marcadè (2) il quale opina, che la novella domanda da farsi innanzi al giudice competente debba proporsi fra tre anni, sotto pena che si dichiari la perenzione della istanza dal giudice, adito incompetentemente.

Ciò a noi non pare — In primo luogo, quando il giudice si è dichiarato incompetente, svestendosi così di ogni giurisdizione sulla causa, le leggi di procedura non permettono, che si ritorni innanzi al medesimo giudice per domandar la perenzione dell'istan-

(1) L. 89, D. *de Reg. jur.*
(2) N. 3 sotto l'art. 2242.

za. Se l'istanza pende ancora innanzi al giudice incompetente, per non avervi definitivamente pronunziato, essa patisce la sorte di tutte le altre istanze pendenti. Pongasi per ipotesi che la nuova istanza debba recarsi innanzi al giudice competente *fra tre anni* dalla sentenza dichiarativa della incompetenza, come vuole Marcadé, e non si sia ciò praticato, non vi sarebbe procedimento da tentare, perchè, la perenzione operando *ipso jure*, non vi è necessità di farla dichiarare dal giudice, e non si avrebbe il giudice che potesse dichiararla. Ma se l'istanza si rinnovi innanzi al giudice competente dopo i tre anni, la parte avversaria potrebbe opporre la perenzione innanzi al medesimo per essere decorsi tre anni dal dì della sentenza dichiarativa della incompetenza divenuta esecutiva?

Crediamo, che non vi sia obbligo di promuovere la novella istanza entro tre anni per evitar la perenzione. La nuova istanza non è la continuazione della precedente; è del tutto diversa nella forma e può anche variare nel contenuto; per cui dev'essere regolata come ogni altra istanza, che si introduce quando si vuole. Il giudice che si dichiara incompetente sopra un'istanza, non ha facoltà di designare il giudice che crede competente e di mandargli la cognizione della causa. Ogni giudice, alla cui conoscenza si porta una causa, è giudice assoluto della sua competenza. Sicchè possono fra diversi giudici nascere conflitti intorno alla competenza ed alla giurisdizione, e la legge ha designato il modo come regolarli e deciderli (art. 108 Cod. di proc.). La istanza, sulla quale il giudice si è dichiarato incompetente, è già consumata; essa è già coverta dal giudicato, rimanendo integro il solo effetto di aver prodotto la interruzione della prescrizione per essersi manifestata la volontà che il possessore o il debitore adempissero l'obbligazione. La legge non impone termine per introdurre la nuova istanza. Non si può perimere la vecchia, perchè già esaurita; non la nuova, perchè non ancora introdotta. Essendo impossibile la perenzione, è necessità ritenere, che la nuova prescrizione incominciata duri quanto la precedente.

Quando la Corte di cassazione cassi la sentenza per violazione delle norme di competenza statuisce su questa e rimanda la causa al giudice competente (art. 544 Cod. di proc.). La sentenza che cassa è per cura della parte intimata all'altra parte e la causa è portata innanzi al giudice dichiarato competente con citazione in via sommaria (art. 546 Cod. di proc.). Operando la sentenza che cassa ed ordina il rinvio della causa innanzi al giudice novello, *ipso jure*, la domanda giudiziale già definita dal giudice incompetente, ritorna ad essere pendente; per cui se non si prosegue fra tre anni dal dì della sentenza di annullamento, si perime. È il solo caso nel quale la teorica di Marcadé può avere la sua applicazione.

76. Non sempre si pone termine alla istanza con una sentenza definitiva di condanna o di assoluzione. Occorrono nel corso di essa incidenti, dei quali la legge tiene ragione per regolare la interruzione della prescrizione.

Si ha come non interrotta la prescrizione se la citazione è nulla o per incompetenza dell'uffiziale che l'ha eseguita o per difetto di forma (art. 2128).

È la stessa disposizione, che ci siamo intrattenuti ad illustrare nel numero 70 ad occasione dell'atto di messa in mora; onde ci limitiamo solamente ad osservare di più, che, se la dichiarazione di nullità si riferisce al difetto di quelle forme che sono necessarie solo per la validità della domanda giudiziale e non a quelle di un atto di messa in mora, l'atto è efficace ad interrompere la prescrizione come atto di messa in mora e produce i soli effetti di essa. È questa la conseguenza, che si deve trarre dall'essersi considerato il semplice atto di messa in mora come interruttivo della prescrizione. Il contenere la domanda forme, soverchie per quello di messa in mora, e l'averla qualificata con nome diverso, non può togliere l'effetto di quello, che rimane, messe da parte le forme nulle, Vale la nota massima: « *utile per inutile non vitiatur* ».

77. Si ha come non interrotta la prescrizione se si recede dalla domanda (art. 2129).

Si può recedere dagli atti del giudizio, rinunziandovi (art. 343 Cod. di proc.). Rinunziandosi al modo, come il diritto si è esercitato, è naturale che si ritenga di non esservi stato esercizio di azione ed atto interruttivo.

Se poi si recede dall'azione, il diritto con essa attuato si estingue e non può più riproporsi.

Quando la domanda giudiziale è fatta innanzi a un giudice incompetente, conviene all'attore, ciò riconoscendo, di citare l'avversario a comparire innanzi al giudice competente, correggendo l'errore commesso, senza attendere la dichiarazione d'incompetenza. In ciò fare, occorre usare l'accorgimento di non rinunziare alla domanda giudiziale in genere, ma alla sola parte di essa che si riferisca alla comparizione del citato innanzi al giudice incompetente; chè altrimenti si può correre il pericolo di essere l'atto interpetrato come recesso dalla dimanda, che cesserebbe per ciò di essere atto interruttivo.

78. Si ha come non interrotta la prescrizione, se la domanda è perenta (art. 2129).

Istituto affine alla prescrizione è la perenzione. Come si prescrive il diritto di agire, se si trascura di farlo valere nel modo e nel tempo designato dalla legge, così la domanda fatta in giudizio con tutti gli atti che la seguono, si annulla per perenzione, se per il corso di tre anni non siasi fatto alcun atto di procedura, o non siasi chiesta la dichiarazione di contumacia nel termine stabilito dall'art. 383 (art. 389 Cod. di proc.).

Il termine è della metà, se il tribunale procede come giudice di commercio (art. 877 Cod. di comm.) ed innanzi le preture è di un anno (art. 447 Cod. di proc.).

La perenzione, come la prescrizione, si opera di diritto; non può essere supplita dal giudice, se non è opposta, e corre quando

anche vi sieno sentenze pronunziate e prove raccolte, i cui effetti non si estinguono, annullandosi solo la procedura (art. 341 Cod. di proc.).

In ciò si è creduto esservi contraddizione, dicendosi non potersi conservare gli effetti delle sentenze pronunziate se son dichiarate nulle coll' ammissione della perenzione; d' onde se ne è tratta la conseguenza che non possa ammettersi perenzione d' istanza, quando una sentenza qualunque siasi pronunziata.

La Corte di cassazione di Napoli, dopo alquanta esitazione nel primo tempo della pubblicazione del Codice di procedura, ha poscia costantemente interpretata la legge nel modo seguente:

La istanza è il complesso di tutti gli atti giudiziali, citazione, atti di procuratore, di parti e di cancelleria e sentenze di qualunque natura con le quali non si pone termine alla lite. Se durante la medesima nel tempo stabilito dalla legge non vi è alcun atto di procedura, la perenzione è corsa e tutti gli atti sono nulli. Ma ciascuno di tali atti ha il suo contenuto, del quale può trarsi profitto in *altro giudizio*, essendo nulli, non per vizio di forma, ma come atti di procedimento giudiziale che pel solo trascorrere del tempo non esiste più giuridicamente. Il contenuto di tali atti e sentenze può essere importante o per confessioni di parti, o per pruove raccolte, o per diritti irrevocabilmente acquistati per sentenze, come la competenza già dichiarata, l'ammissione di un genere di prova, il modo di divisione di eredità, la validità o la nullità di un testamento. Tutto ciò è considerato come un diritto acquistato alle parti, del quale possono valersi nel giudizio novello, se non è prescritta l' azione dopo l' incorsa perenzione.

È cotesta una innovazione ai sistemi precedenti, della quale rende ragione il Ministro Guardasigilli, nella relazione premessa al progetto del Codice di procedura. « La perenzione è destinata, egli dice, a porre termine alle liti..... Essa sta all' istanza giudiziale, come la prescrizione all' azione..... Il progetto seguendo il

Codice ginevrino e il sardo considera la perenzione come un' istituzione perfettamente analoga alla prescrizione, come un diritto che si acquista in forza della legge. Perchè sussista, non è necessario chiedere al giudice una dichiarazione relativa, ma come avviene di qualunque altra eccezione basta che sia opposta dalla parte interessata ..... La perenzione, comunque non estingua l' azione, rende nulla e come non avvenuta la procedura. L' azione potrà nuovamente proporsi, quando non vi osti la prescrizione, ma gli atti della procedura perenta non possono più esercitare alcuna influenza. Però ammettendo, come regola, l' annullamento degli atti seguiti nella procedura perenta, dovrà conchiudersi che niuno di essi possa conservare la sua efficacia nella nuova istanza che verrà proposta in giudizio ? ... Se il giuramento fu prestato, il silenzio posteriore delle parti non può distruggere un documento acquistato nel giudizio, come non distrugge quelli formati prima del giudizio stesso. Se un fatto viene confessato dalle parti, dichiarato dai periti o dal magistrato nel processo della ispezione giudiziale, l' abbandono totale del precedimento pel tempo necessario alla perenzione non può per sè stesso menomare la verità del fatto confessato o dichiarato. Parimenti il silenzio delle parti non può in alcun modo influire sulla credibilità dei testimoni. Il progetto, generalizzando il concetto del Codice ginevrino, adottato solo in parte dal Codice sardo, dichiara che la perenzione non estingue le prove che risultino dagli atti. *Esso stabilisce che rimangono salvi gli effetti delle sentenze pronunziate. La decisione costituisce pur essa una verità giuridica che non può essere annientata dalla sola perenzione* ».

Ed in questi termini sono compilati gli articoli del Codice.

E dunque manifestamente erronea l' opinione, che non si debba pronunziar la perenzione nel caso di giuramento prestato, di perizie, di accesso sul luogo, di testimonianze raccolte e di sentenze che non pongono fine alla lite. La perenzione si è già operata di dritto, e sorgendone controversia, non può non disporsene l' am-

missione, rimanendo salvi gli effetti del contenuto nelle sentenze e negli atti raccolti, senza che però potessero avere alcuna influenza sulla prescrizione che nel novello giudizio si opponesse.

E lo stesso accader deve sull' istanza di appello. Le sentenze pronunziate dalla Corte di appello, che non vi pongono fine, ma lo lasciano pendente in tutto o in parte non impediscono che si operi di diritto la perenzione in tutto o in parte, e che la sentenza impugnata non passi in cosa giudicata. Se nonchè qualora si sia pronunziata una sentenza modificatrice della sentenza impugnata, che non pone termine alla lite del tutto, non è già che non si operi di diritto la perenzione per la parte tuttavia pendente dell' appello, ma solo la sentenza impugnata rimane conformemente modificata e così ricever deve la esecuzione. Oltre che ciò risulta dalla parola dell' articolo 341 Cod. di proc., è chiaro per quanto dice il Guardasigilli nella suddetta relazione. Ivi leggesi: « Ove la perenzione abbia luogo in un giudizio di opposizione, di appello o di rivocazione, è palese, che rimanendo estinto il procedimento diretto ad impugnare una sentenza, questa necessariamente deve acquistare l' autorità della cosa giudicata. È però altresì palese, che quando nel giudizio di opposizione, di appello o di rivocazione una sentenza avesse già modificati gli effetti giuridici della sentenza impugnata, questa più non potrà acquistare la forza di cosa giudicata contro il pronunziato della nuova sentenza ».

E la Corte di cassazione di Napoli non ha mai ritenuto come modificatrice quella sentenza che prepara la modificazione della sentenza impugnata; quale sarebbe una sentenza che prima di provvedere sul merito dell' appello ordinasse un'esibizione di documenti, una perizia, o revisione di perizia, o un esame testimoniale e ciò anche quando la Corte *prematuramente* avesse rivocata la sentenza del tribunale che forse deve confermare anche dopo eseguito il mezzo d' istruzione, perchè non la forma estrinseca, non la qualificazione, ma la sostanza della cosa deve essere riguardata.

79. Non è questa la innovazione, che io proponeva nel 1857 nell' annotare la traduzione dal francese del trattato della perenzione d'istanza de Reynaud. Il fondamento giuridico della perenzione è identico a quello della perenzione e si comprende la sua utilità se estinta l'istanza, si estingue anche l'azione.

Nè mi muove, io scrivea, l'osservazione degli autori della legge di Ginevra, che non sarebbe giustizia ricusare all'attore la facoltà d' introdurre un novello giudizio, se ha ritrovato i documenti che gli mancavano, se è svanito l'ostacolo, che gl' impediva di agire; dappoichè egli è in colpa, quando ha istituito il giudizio senza aver pronti i documenti; egli cade in una colpa maggiore, quando lo abbandona per tre anni senza ricordarsi di fare un atto qualunque che mostri la sua volontà di continuarlo. Se dunque l' attore deve imputare a sè stesso le conseguenze della propria negligenza, il convenuto per contrario si guadagna la pace e la tranquillità e si pone al coverto di ogni sorpresa.

80. È prudente consiglio per chi non vuole profittare della perenzione, prendendo argomento dall' articolo 340, Cod. di proc., di proseguire l' istanza, tuttochè perenta, dichiarando, che se il citato volesse dedurne la perenzione, la si accetti per necessità di dritto, ed intanto collo stesso atto compilato in forma di citazione, s' inviti la parte a comparire in giudizio perchè ritenendosi come efficaci tuttavia gli effetti delle sentenze pronunziate, delle prove raccolte e del contenuto negli atti, si giudicasse sulla istanza la quale si deve aver come ripetuta.

Il vantaggio di questo metodo è di evitare un incidente di perenzione, di abbreviare in tempo, diminuire le spese, ed il danno che deriverebbe dalla incorsa perenzione, si ridurrebbe alla compensazione delle spese, e forse alla perdita di quegli accessorii che non possono far legalmente parte della nuova istanza, dovendosi la precedente riguardare come inesistente. E così si è praticato da un abile avvocato in un giudizio di divisione durato parecchi anni, nel quale erano state pronunziate svariate sentenze intorno al modo

della divisione per successione testata e intestata, alla stima dei beni ed alla formazione della massa, ma non ancora si era giunto all'atto finale del giudizio di divisione, cioè all'estrazione a sorte delle quote, giusta l'articolo 896 del Codice di proc. L'accorto difensore, prevedendo che si sarebbe opposta la perenzione di tutto il procedimento (tuttochè la varietà della giurisprudenza avrebbe potuto tentarlo a combatterla) proseguì la procedura per farsi la estrazione delle quote, dichiarando all'avversario, che se gli piacesse di proporre la perenzione dell'istanza insieme a tutti gli atti che l'avevan seguita, non ostante il reciproco danno, egli come minor male si avvisava di non contraddirvi. Ma, in tal caso, collo stesso atto, avente virtù di domanda giudiziale principale, di cui vestiva le forme, lo citava a comparire nel termine innanzi al tribunale, perchè per effetto del contenuto degli atti e delle sentenze pronunziate, si fosse disposta la estrazione delle quote.

L'utilità pratica della perenzione, come oggi è ordinata, è ben poca cosa, se l'azione, per non essere decorsa la prescrizione, possa rinnovarsi. Di grande utilità è in grado di appello, perchè produce il passaggio in cosa giudicata della sentenza impugnata, anche nel caso che durassero i termini ad appellare per non essersi ancora intimata la sentenza.

81. Abbiam già notato, che la perenzione si opera di dritto, estinguendo l'istanza, ma non può essere la eccezione supplita *officio judicis*. A chi voglia continuare l'istanza non ostante che fosse scaduto il termine della perenzione, colui che di questa vuole profittarne, deve opporla espressamente prima di ogni altra difesa; altrimenti si ritiene, che vi abbia rinunziato. Ciò ha dato luogo ad una grave quistione, a risolvere la quale non vi è punto concordia, se cioè possa dichiararsi prescritta l'azione, quando la istanza, anche scaduto il trentennio, sia perenta, ma la perenzione non sia stata nè proposta nè dichiarata.

La Corte di cassazione di Napoli a 7 dicembre 1876 ritenne, che l'azione dedotta in giudizio va soggetta alla prescrizione di

trent'anni, quantunque la correlativa istanza non sia mai stata dichiarata perenta; gli atti posteriori che possono essere notificati nel corso del giudizio impediscono la detta perenzione, ma essi stessi ne rimangono colpiti, qualora decorra il detto termine di trent'anni senza nuova interruzione, ed in queste senso va intesa l'antica massima: *actiones semel deductae in judicio salvae permanent.* Ma in prosieguo, meglio chiarendo la dottrina, a 28 luglio 1879, disse essere errore di dritto il ritenere, che il procedimento si estinguesse per prescrizione. La tela processuale non è distrutta che dalla perenzione, mentre per contrario la prescrizione riguarda le azioni ossia il diritto che si viene attuando in giudizio, sicchè riuscirebbe impossibile la teorica della prescrizione che è del tutto estranea.

E questa opinione accolse la Corte di cassazione di Torino con sentenza del 22 luglio 1880, ed è applaudita dal Pugliese (1).

La scuola francese insegna, che la istanza pendente da trent'anni sia prescritta, come ogni altro diritto; per cui è prescritta anche l'azione; ma in Francia la perenzione non si opera di dritto; deve essere dimandata e dichiarata.

Poniamo innanzi tutto la quistione in un modo più chiaro: Scaduto il termine della perenzione d'istanza e scaduto anche il termine della prescrizione, l'istanza debbe dichiararsi perenta o prescritta?

Così proposta la quistione, essa può risolversi in una quistione di mera forma ed in una quistione di sostanza.

Se la parte ha domandato ad un tempo la perenzione dell'istanza e la prescrizione dell'azione, non si può nello stesso giudizio dichiarar perenta la istanza e prescritta l'azione. A ciò si oppone l'ordinamento dei giudizi. La perenzione d'istanza è pregiudiziale alla prescrizione.

Se è perenta, l'istanza è nulla ed inesistente, e sopra una istanza nulla non si può pronunziare la prescrizione dell'azione, che

(1) Vol. I, n. 223.

suppone un' istanza tuttavia viva, e ciò tanto più quanto si versa in un' istanza di appello. Dichiarata perenta la istanza, la quistione della prescrizione dell'azione va riserbata a quel giudice, che dovrà pronunziare sulla nuova istanza che posteriormente promovesse colui, la cui prima istanza è stata dichiarata perenta.

Diverso è il caso, se la istanza, della quale la perenzione già si è operata di dritto, sia proseguita, spirato il trentennio, a mente dell' articolo 340, e l' altra parte si limita a proporre la eccezione della prescrizione, omessa quella della perenzione o pure tardivamente la oppone.

Ricordiamo, che l'azione non è a confondersi coll' istanza; distingue l'una dall'altra la dottrina; la distingue la legge.

L'azione, il *jus persequendi in judicio*, è il dritto di agire, che trascurato per trent' anni, si estingue colla prescrizione. L' istanza è l' atto, col quale si esercita l'azione con tutti gli altri atti che la seguono, *tenor actuum judicialium* sino alla sentenza che pone termine alla lite; art. 35, 36, 340 Cod. di proc.

Le due eccezioni, la prescrizione e la perenzione sono analoghe, ma non identiche, diverse per oggetto e per condizioni di esercizio.

L' una riguarda la sostanza del diritto, e come eccezione perentoria si può proporre in ogni stato di causa, l' altra si riferisce alla procedura e perciò perentoria della forma e proponibile *in limite litis*. L' una, oltre la diversità dei termini, s' interrompe o si sospende in una maniera determinata; l'altra non s' interrompe, che con atti di procedura, nè si sospende che in due o tre casi specificati dagli articoli 308, 317, 482, 566; 660 Cod. di proc.

Se colui, che ha diritto a profittare della perenzione dell'istanza trascura di farla valere preliminarmente ad ogni altra difesa rispetto a colui che prosegue la istanza perenta, anche dopo spirato il trentennio, la istanza si ha come tuttavia pendente; per cui la prescrizione dell' azione compresa nell' istanza non ha potuto proseguire il suo corso, essendo tuttavia *inclusa in judicio*. È erronea

la proposizione che tutti i diritti si prescrivono. Ciò non è scritto nella legge, la quale si limita a dichiarar prescritte tutte le azioni, e l' istanza non è azione.

Non è di molto peso l' osservare che in siffatto modo le istanze diventano eterne. Le istanze si perimono, se chi vuole profittarne propone a tempo la perenzione; le azioni si prescrivono, se la parte propone la prescrizione. L' istanza e l' azione possono eternarsi per volere della parte, che rinunzia ad un vantaggio che la legge le dà.

Ciò è ancor più chiaro, se si considera l' effetto della perenzione dell'appello, della rivocazione e della opposizione a sentenza contumaciale. Scaduto il termine della perenzione, qualunque sia il tempo decorso, chi non vuole profittarne, prosegue l' istanza, chi vuole profittarne, proponendola, la ottiene colla dichiarazione che la sentenza impugnata sia divenuta cosa giudicata. Se non la propone, l' istanza si discute nel merito ed avrà quella sorte che vuole la giustizia.

Potrebbe forse nascere una quistione di fatto; se la parte che intende profittar della perenzione, la dica *prescritta* invece di usare la parola *perenta*. L'una e l'altra voce suona *estinzione*, e trattandosi della estinzione della istanza, per una parola legalmente inesatta, specialmente se la parte la emendi, confessando il suo errore, si può dir materiale, non pare doversi usare tale severità da dichiarare la perdita di un diritto (1).

Suole frequentemente accadere, specialmente se l' istanza pende

---

(1) A 20 luglio 1869 si discusse un ricorso prodotto il 13 gennaio 1829 innanzi la Corte di cassazione di Napoli. Si opponeva la prescrizione e la perenzione, ma l'una e l'altra eccezione fu rigettata perchè il ricorso nè si perime nè si prescrive, e venne la sentenza della Corte di appello del 8 settembre 1828 annullata parzialmente. Albisinni vol. 1, 19, p. 115. Sono questi inconvenienti del sistema di legislazione, che mette a volontà della parte di valersi o non valersi della prescrizione o della perenzione e non soggetta alla prescrizione che le azioni e non le istanze. La Corte di cassazione francese ritiene invece che il ricorso non si perime ma si prescrive, applicandosi la prescrizione alle azioni ed alle istanze. Le Roux de Bretagne, n. 832.

in appello, che la parte esegua la sentenza impugnata, scaduto il termine della perenzione, operatasi di diritto, e l'avversario proponga contro la pendenza dell'appello. Chi deve giudicare di questa eccezione? Pare più consentaneo all'ordinamento dei giudizi, che il giudice della opposizione si riserbi di provvedere sulla medesima, dopo che quegli, innanzi il quale pende materialmente l'appello, abbia giudicato dell'incidente di perenzione, la quale costituisce un'eccezione contro il proseguimento della lite.

82. È surta grave questione sulla influenza, che abbia la perenzione dell'istanza sulla decadenza dell'azione, la quale azione si deve proporre in un termine perentorio. Essa è stata trattata in occasione della perdita dell'azione cambiaria in via di regresso, se esercitata nel termine stabilito dall'art. 320 del Codice di commercio, sia stata poscia dichiarata perenta l'istanza. È perduta l'azione di regresso o si può rinnovare?

Chi sostiene il diritto alla rinnovazione osserva: Che la decadenza non deve confondersi colla prescrizione. Quando nel termine si è esercitata l'azione cambiaria, non si può applicare la decadenza, qualunque sieno gli eventi della istanza cambiaria, o che sia rinunziata o che sia nulla, o che sia perenta: Che lo scopo, cui intende l'azione cambiaria di regresso, è di avvertire il debitore di volere il possessore esser da lui pagato della cambiale; il che si è ottenuto colla intimazione della citazione; Che la prescrizione quinquennale dell'azione di regresso riconosciuta dall'art. 919 Cod. comm. non troverebbe caso cui applicarsi, se dovesse ammettersi l'avviso contrario.

Non possiamo accettare questa opinione.

L'azione cambiaria deve spiegarsi nel termine o col precetto o con citazione. Se si spiega col precetto, se non è seguito da alcun atto di esecuzione nel termine designato, vedremo in prosieguo quali *effetti* produce. Se si sceglie la citazione e questa è dichiarata perenta, ciò significa che essa siasi annullata per non essersi proseguita. Dichiarata nulla, non si avrà più citazione fatta nel termine

nè può più rinnovarsi, perchè il termine è già scorso. Potrebbe rimanere la citazione come atto di *messa in mora*, ma l'azione cambiaria per regresso non si può conservare con atti di messa in mora.

La legge non commina la decadenza se la citazione sia stata fatta innanzi ad un giudice incompetente per le stesse ragioni che l'ha dichiarata interruttiva della prescrizione; questo presta un argomento di più per ritenere la decadenza in tutti gli altri casi nei quali la citazione non interrompe la prescrizione. L' art. 919 potrà ricevere la sua applicazione anche nelle azioni di regresso in qualche raro caso, come se il giudice dichiarasi incompetente sulla citazione ed è sempre sancito con profitto e per applicarsi, in questi rari casi, nelle azioni di regresso, e sempre che accade, nelle azioni dirette (1).

83. Se la dimanda è rigettata, la prescrizione non è interrotta (art. 2128).

Il Codice di procedura non stabilisce quale sia la forma con la quale deve essere concepita la parte dispositiva di una sentenza. La indica solamente in modo imperfetto per le sentenze della Corte di cassazione (art. 541, 542, 544 Cod. di proc.).

Diversa è la tradizione nelle varie parti d'Italia, la quale deve scomparire man mano riducendosi ad una possibile uniformità, per virtù della promiscuità della magistratura, degl'insegnamenti della scuola e del desiderio d'imitare la forma migliore.

Rigettare, secondo il linguaggio del Codice, non significa solo respingere la domanda per ragioni di merito, di guisa che l'azione, come già definitivamente giudicata, non possa più rinnovarsi, ma anche per eccezioni di forma, dilatorie o perentorie, conosciute nel foro sotto i nomi di *fini di non ricevere, d'inammissibilità, di carenza di diritto* (art. 480, 489, 490 Cod. di proc.). E quì *rigettare* deve significare non accogliere in modo irrevocabile la domanda, sì che rinnovandosi non si possa proporre fruttuosamente la cosa giudicata: poichè se altrimenti fosse, sarebbe inutilmente scritta la di-

(1) Pugliese, vol. 2, n. 100.

sposizione. La frase dunque *rigettare* esprime quella formola, colla quale la domanda non si accoglie definitivamente in modo da potersi rinnovare, se e come per legge senza che si possa opporre alla rinnovazione della medesima la cosa già giudicata.

Se non che, per non errare nell' applicazione, occorre distinguere, se il rigetto *allo stato degli atti* costituisca una mera interlocuzione, da rimanere l' istanza tuttavia pendente, o pure una sentenza diffinitiva, la quale consumando l' istanza già proposta, abilita virtualmente l'attore a proporre, se crede, una novella istanza.

Nel primo caso, l'istanza dev' essere proseguita, non potendosi ad essa sostituire una istanza nuova, e, se si lascia trascorrere il tempo occorrente per la perenzione senza alcun atto di procedura, l' istanza con la sentenza *di rigetto allo stato* è perenta.

Nel secondo caso, nel nuovo giudizio instaurato con nuova istanza non si può tener ragione dell' interruzione operatasi colla prima istanza, poichè la medesima, giudicata definitivamente col rigetto o con altra formola che l'equivale, è diventata inefficace ad interrompere la prescrizione.

84. Nella legge dei 27 aprile 1885 relativa alle tariffe ferroviarie vi è l'art. 146, nel quale è scritto: Interromperà il corso della prescrizione la *prima* domanda, che l'interessato presenti in via amministrativa in doppio originale al capo-stazione del luogo di partenza o d' arrivo della merce. Il capo-stazione apporrà il visto ad uno dei due originali, che verrà restituito all' interessato in prova dell'esibizione della domanda.

È una specie di atto di messa in mora, che l' interessato fa all' amministrazione che è una persona privata, perchè non sia costretto ad introdurre la lite o a proseguirla. Il che suppone, che egli non sia decaduto, a mente del Codice di commercio, dall' istituir l' azione, e che questa non sia prescritta. L'effetto che produce la domanda è identico a quello dell' atto di messa in mora, cioè si cancella tutto il tempo decorso fino alla sua presentazione, cominciando un nuovo termine per una prescrizione della stessa

durata. Essa non può assomigliarsi ad una citazione innanzi l' autorità giudiziaria. L' amministrazione è un privato, cui niuna legge impone di rispondere, e tanto meno stabilisce termine, ed è perciò che la sola prima domanda costituisce interruzione. Ritenere dunque, che duri la interruzione, finchè l'amministrazione non comunichi la sua risposta all' interessato, è fare la legge, è compierla, perchè tornasse efficace l' istituto, ma la legge non ha voluto giungere dove la giurisprudenza talvolta l' ha condotta (1).

L' art. 128 della legge di registro è identico nella forma e nella sostanza all' art. 146 della legge ferroviaria; e noi vi ripetiamo la medesima illustrazione. Se non che durante quaranta giorni il contribuente se promuove l' azione in via contenziosa, non può conseguire il rimborso delle spese, se riesce vincitore. È un termine dato alla pubblica amministrazione per studiare il reclamo ed evitare la lite se si può; e per non ritardare il giudizio, le si è limitato il termine a quaranta giorni per farlo; e qualora essa non ne profitta, il contribuente può promuovere la lite senza pericolo di perdere le spese se risulta vincitore. Si può dunque ritenere, che l' interruzione duri quaranta giorni dalla domanda, perchè niuno può essere obbligato ad agire col rinunziare alle spese se fosse vincitore.

85. È controverso, se il compromesso sia atto interruttivo. Varia è la giurisprudenza e la scuola francese, come è varia la scuola italiana.

Esaminiamo la quistione secondo i principii.

Il compromesso deve contenere il nome e cognome delle parti e degli arbitri e determinare le controversie: altrimenti è nullo (art. 11 Cod. di proc.).

Manifestarsi faccia a faccia in una scrittura le vicendevoli domande e nominare i giudici che debbono deciderle è più che una domanda giudiziale. Ogni domanda è proposta con citazione, *salvo che la legge stabilisca un'altra forma,* osservate quelle proprie di cia-

(1) Pugliese, vol. 2, n. 140.

scun procedimento. La forma propria del giudizio per arbitri, è non farsi citazioni per mezzo di uscieri, ma manifestarsi quel che la citazione deve sostanzialmente contenere, senza intimazioni, ma in iscritto bilaterale. In ciò consiste l'inizio del giudizio. Esso prosegue, appena dopo l'accettazione degli arbitri, coll'obbligo imposto alle parti di trasmettere loro i rispettivi documenti e le memorie senza alcuna formalità giudiziaria (art. 14). S'istruisce il giudizio e vi si pon fine in un modo speciale, che la legge determina.

Riteniamo dunque, che il compromesso, legalmente formato, costituendo vera domanda giudiziale fatta nelle forme specialmente dalla legge stabilite, sia atto interruttivo e va regolato, rispettivamente alla prescrizione, secondo gli effetti che produce la dimanda che si fa innanzi l'autorità giudiziaria. La procedura ordinaria si annulla per perenzione: la procedura innanzi agli arbitri si annulla per scadenza dei termini e per altre cause designate dalla legge— Gli effetti non possono non esserne identici, cioè che si ha in tali casi come non interrotta la prescrizione.

86. Il diritto di agire può consistere nella esecuzione forzata delle sentenze, delle ordinanze e di altri atti, ai quali la legge ha concesso la virtù esecutiva (art. 562, 577, 659 Cod. di proc. e 2084).

Il precetto deve precedere ogni atto di esecuzione. Esso, oltre la minaccia di esecuzione, deve contenere:

Nelle esecuzioni mobiliari, l'intimazione al debitore di pagare nei cinque giorni successivi, o immediatamente, se il termine è stato abbreviato (art. 577, 578 Cod. di proc. civ.).

Nelle esecuzioni immobiliari, l'intimazione di pagare fra trenta giorni (art. 659 Cod. di proc.).

Nelle esecuzioni per consegna o rilascio di beni, l'intimazione di consegnare i mobili, o di rilasciare gl'immobili nei dieci giorni successivi (art. 741 Cod. di proc. civ.). Ben si è adunque compreso fra gli atti interruttivi della prescrizione il precetto; ma esso diventa *inefficace*, se fra 180 giorni non siasi proceduto agli atti di

esecuzione minacciati (art. 566 Cod. di proc., 2085 Cod. civ.).

Divenuto inefficace come atto preliminare dell'esecuzione, rimane tuttavia efficace o pur no la interruzione già operata o pure essa si ha a ritenere come non fatta?

Oggi la giurisprudenza è unanime nel ritenere, che il precetto, sebbene debbe rinnovarsi, se si vuole procedere all'esecuzione, conserva tuttavia la sua virtù interruttiva, inefficace essendo la sola seconda parte (minaccia dell'esecuzione) e viva la prima (intimazione a pagare). Si poteva farsene dubbio in Francia, ove l'atto di messa in mora non era considerato come atto interruttivo della prescrizione, non se ne può muover dubbio in Italia, dove è disposto il contrario. Aggiunge la giurisprudenza, rispondendo ad una contraria osservazione, di non doversi confondere il recesso da un atto o la sua perenzione colla inefficacia del medesimo. L'atto rinunziato o dichiarato perento non esiste legalmente; l'atto dichiarato *inefficace* per proseguire l'esecuzione è tale unicamente rispetto all'oggetto determinato della esecuzione, ma se ha le forme necessarie per conseguirne un altro, deve rispetto a questo ritenersi efficace. La rinunzia e la perenzione, togliendo di mezzo l'atto, producono effetti assoluti e pure del loro contenuto si può trarre profitto in un novello giudizio. La inefficacia dell'atto è relativa, cioè non ha valore rispetto al solo oggetto, che la legge ha dichiarato.

Il Pugliese ed il Ricci (1) pur riconoscendo, che questo sia il *jus receptum*, si sforzano di sostenere l'opinione contraria, ma secondo noi, non arrecano alcuna ragione che ci par buona. Nè può valere neanche quella che si vuol trarre dall'art. 127 della legge di registro, nel quale leggesi « che la prescrizione legittimamente interrotta si compie col decorso di un successivo nuovo termine uguale a quello rispettivamente stabilito dalla presente legge, *a*

(1) Pugliese, vol. 2, n. 96; Ricci, vol. 5, n. 188. Il Giorgi, che segue la giurisprudenza, giunge a dire: *Cujusvis hominis est errare: nullius nisi insipientis, in errore perseverare.* Vol. III, n. 271.

meno che la domanda o l'atto d'interruzione non sia perento ». Atto d'interruzione, dicesi, diverso dalla domanda non può essere che l'*ingiunzione*. Ma la Corte di cassazione di Roma (1) ha risposto che l'atto d'interruzione non è necessariamente l'*ingiunzione* che non *si perime*, ma ogni specie di domanda sia per citazione, sia per opposizione o per pagamento o per la restituzione della tassa o della stima. E noi aggiungiamo, che l'ingiunzione o il precetto non perimendosi, l'articolo non può essere applicato che nel solo caso di un atto interruttivo che si possa ritener perento. E se niuno ve n'è, la conseguenza sarà che l'articolo non trovi materia di esecuzione e non già che si applichi a casi nei quali non possa verificarsi la perenzione.

87. Gli atti di avviso spediti dagli enti morali cui è data per legge tale facoltà, sono atti interruttivi?

L'avviso notificato al debitore per mezzo dell'agente competente, se non equivale a precetto, è atto di costituzione in mora. La Corte di cassazione di Roma ha detto di no (2). Forse, fatto miglior esame dovrà mutare avviso.

88. L'atto interruttivo derivante dal precetto, di per sè solo, se non è seguito da atti di esecuzione, produce lo stesso effetto degli atti di messa in mora; cioè cancella il tempo precedente e dal suo dimane si comincia una nuova prescrizione della stessa durata della precedente. Se poi è seguito da atti di esecuzione, la interruzione prosegue secondo la natura degli atti esecutivi; e se essi sono o perenti o annullati per qualsiasi ragione, rimane ferma la virtù interruttiva del solo precetto.

89. L'articolo 565 del Codice di procedura stabilisce, che non sia necessario il precetto per la esecuzione di una sentenza, quando si proceda ne' 180 giorni successivi alla notificazione della medesima, se la sentenza condanni a consegnare cose mobili o a rilasciare immobili colla prefissione del termine in cui si debba

(1) Cass. di Roma, a sezioni unite, 29 aprile 1887.

(2) 29 dicembre 1886.

eseguire la consegna o il rilascio. La notificazione, in tal caso, produce gli effetti del precetto; e se l'esecuzione non ha luogo nei 180 giorni, equivale ad atto di messa in mora.

90. Interrompe la prescrizione *il sequestro intimato a colui, cui si vuole impedirne il corso.*

Il *sequestro* secondo il Codice di procedura è giudiziario o conservativo dei beni che si trovano presso il debitore e presso i terzi, intimato al debitore ed ai terzi. Non son preceduti da precetto, ma occorre il permesso del giudice.

L'articolo 131 del Codice di procedura stabilisce, che nel termine di giorni tre dal sequestro, il creditore sequestrante deve far intimare al debitore il ricorso, il decreto di sequestro con citazione in via sommaria a comparire davanti l'autorità giudiziaria del luogo del sequestro competente per materia e per valore per far pronunziare sulla validità, rivocazione o conferma del sequestro. Quando il sequestro sia presso un terzo, si deve notificare a lui copia della citazione al debitore nel termine di dieci giorni dalla citazione stessa (art. 931, 932).

L'articolo 933 Cod. di proc. dichiara che se non è eseguito ciò che è stabilito nei due articoli precedenti, *il sequestro* non ha effetto, salvo al debitore il risarcimento dei danni.

Quando non si ha un titolo esecutivo contro il debitore, nè questi è prevenuto che non adempiendo all'obbligazione si procederà in suo danno all'esecuzione dei beni, e vi si procede *ex improvviso*, sebbene per autorità del giudice che ha udito il solo sequestrante, si ha il diritto a pretendere che tutte le forme intese a tutelare l'interesse del debitore sieno rigorosamente osservate.

Pare a noi però che il rigore non deve estendersi fino al punto, che un sequestro *intimato* anche senza le forme speciali designate dai sopradetti articoli non interrompa la prescrizione, perchè il mettere sotto il sequestro i beni del debitore per costringerlo ad adempiere la sua obbligazione, e l'intimarglielo è più che atto di costituzione in mora, e come tale deve produrre tutto il suo effetto relativamente alla prescrizione, sebbene sia inefficace a pro-

durre gli effetti di un sequestro. E ci confermiamo in questa opinione in quanto, che il Codice civile, richiede per interrompere la prescrizione che il *sequestro sia intimato alla persona a cui si vuole impedire* il corso della prescrizione. Si richiede una semplice intimazione e nulla più; non citazione in via sommaria e tutto altro che gli articoli 931 e 932 Cod. di proc. vogliono perchè il sequestro come tale abbia il suo effetto.

91. La scuola francese promuove due quistioni: se la interruzione del sequestro e pegnoramento (1) presso terzi giovi anche al debitore. Se l' interruzione si estenda a tutta la somma dovuta dal terzo, o si limiti a quella per la quale si è fatto il sequestro.

Che giovi la interruzione al debitore, ci pare evidente, perchè nella procedura diretta contro il terzo è necessità citarsi il debitore cui la cosa appartiene, per assegnarsi la medesima al creditore (art. 611, n.º 6, Cod. di proc.): *Est res inclusa in judicio,* la cui definizione riguarda il debitore e il creditore.

Oltre a ciò il sequestrante o pignorante procede *jure creditoris ex persona et ex juribus* del proprio debitore, non avendo avuto alcuna relazione contrattuale od obbligatoria col terzo. Non vi è dunque derogazione alla massima *de persona ad personam non sit interruptio.*

Il sequestro poi ed il pignoramento interrompono la prescrizione per tutto ciò che il terzo deve al debitore.

Esso non si limita solo alla somma per la quale il creditore procede: invece produce l' effetto che il terzo non possa disporre della cosa pignorata o sequestrata senza ordine della giustizia ed è considerato come depositario per *tutte le somme da lui* DOVUTE (art. 611, 612, Cod. di proc.). E ciò è stato stabilito perchè possono esservi precedenti sequestri od opposizioni, e possono sopravv-

(1) Il Codice francese chiama sequestro presso terzi, vi si proceda con permesso di giudice o con titolo esecutivo. Il Codice italiano chiama pignoramento presso terzi quello cui si procede con precedente precetto e con titolo esecutivo, dando il nome di sequestro a quello fatto con permesso di giudice in via conservativa.

venirne nuovi sequestri ed opposizioni, prima che la cosa sequestrata o pignorata sia stata definitivamente assegnata al creditore. Nel quale caso, dovendo aver luogo il contributo, si sarebbe mal avvisata la legge, se avesse limitato l'effetto del sequestro alla sola somma per la quale il sequestrante procede, tostochè non gli è concesso alcun privilegio per la priorità dell'esecuzione.

Se la cosa pignorata o sequestrata è tutta compresa nel pignoramento e nel sequestro, ed è tutta *inclusa in judicio*, perciò, finchè il giudizio non termini, non può correre per tutta la prescrizione.

Per ragione di metodo avremmo dovuto discorrere di queste due quistioni dopo l'esame del quesito, *a chi giovi e a chi noccia la interruzione;* ma siccome si riferiscono alle conseguenze del sequestro presso terzi, abbiam creduto esservi maggiore utilità nel non rompere l'unità nella trattazione. E per la stessa ragione, aggiungiamo, che il creditore il quale invece di usare del sequestro, sceglie di agire contro il debitore del proprio debitore in virtù dell'articolo 1234, rappresentando il debitore ed esercitandone le ragioni, interrompe la prescrizione. Egli è riguardato come se fosse la stessa persona del debitore.

92. La chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione interrompe la prescrizione sempre che la domanda giudiziale sia fatta nel corso di due mesi dalla non comparsa innanzi al conciliatore o dalla non seguita conciliazione (art. 2125).

Giusta le leggi italiane, la conciliazione, non è obbligatoria innanzi al conciliatore, ma sempre volontaria, o presentandosi le parti spontaneamente innanzi al medesimo, o l'una citando l'altra per conciliarsi. Dando alla volontaria presentazione o alla citazione per conciliazione la virtù interruttiva della prescrizione, si son volute agevolare le amichevoli composizioni, le quali sarebbero stornate dagli atti necessarii per interrompere la prescrizione, che avrebbero esacerbato il dissidio fra le parti.

È nato il dubbio, se possa essere tenuto come atto interruttivo

la citazione e la comparsa volontaria in conciliazione per materie per le quali la conciliazione è vietata.

Se il divieto è assoluto, il tentativo della conciliazione è un atto inutile che non può produrre alcun effetto. Ma se la conciliazione è relativa, permessa cioè coll' adempimento posteriore di forme che la legge designa, la citazione o la presentazione volontaria deve conservare la forza interruttiva anche quando la conciliazione non segua (art. 2, Cod. di proc.).

93. L' iscrizione e la sua rinnovazione non interrompono la prescrizione dell' ipoteca, dice l' articolo 2127.

L' ipoteca non ha effetto se non è pubblica (art. 1965). E si rende pubblica colla iscrizione (art. 1981). L' iscrizione conserva l' ipoteca per trent' anni dalla sua data.

Il suo effetto cessa, se non è rinnovata prima della scadenza del detto termine. Sono atti che fa il creditore da sè, senza la udizione o la scienza del debitore o del terzo, e perciò non possono interrompere la prescrizione.

94. Vi è un altro modo d' interruzione civile che la scuola chiama *fittizia*. L' articolo 2129 scrive: La prescrizione è pure interrotta civilmente, quando il debitore o il possessore riconosce il diritto di quello contro di cui era cominciata.

Chi riconosce il diritto del creditore o del proprietario, viene a dichiarare, che in quel momento il diritto sia tuttavia esistente, non ostante il tempo già trascorso del quale non si deve tenere alcuna ragione.

Il riconoscimento può consistere in un fatto o contenersi in un atto. In un fatto, come il pagamento degl' interessi di un capitale o delle annualità di rendita perpetua o vitalizia. In un atto come per esempio, vendendo un immobile, delegarne il prezzo a determinati creditori; assumere, in un atto di divisione, uno dei coeredi l' obbligo di pagare esclusivamente diverse annualità di canoni arretrate (1).

---

(1) Corte di cass. di Napoli, 18 settembre 1876: 13 luglio 1878: 2 agosto 1879.

95. La prova del fatto, poichè quella dell' atto risultar deve dall' atto stesso, è da somministrarsi secondo le regole del diritto comune; sicchè può ammettersi anche l' esame per testimoni, se per diritto comune esso è ammessibile. Come per esempio: può dimostrarsi con testimoni di essersi pagato gl' interessi o le annualità di un capitale che non eccede le lire 500. La Corte di cassazione di Napoli insieme con la maggioranza della scuola non ha mai ammesso la prova per testimoni per dimostrare il pagamento di interessi di un capitale eccedente le lire 500, perchè ciò si vuol dimostrare non da parte del debitore per essere liberato dal pagamento dei medesimi, ma da parte del creditore per farne scaturire la esistenza di un diritto eccedente le lire 500 mediante il riconoscimento del debitore.

96. Si fa un' altra quistione: Se l' annotazione del pagamento degl' interessi o di annualità nei registri delle corporazioni religiose o di altri enti morali sia prova efficace. Se l' annotazione dei pagamenti nei registri delle corporazioni religiose od altri enti morali si riferisce al periodo anteriore al 1809, quando fu pubblicato nelle province del mezzogiorno il Codice Napoleone, fa piena prova, secondo le dottrine ricevute nel mezzogiorno, tanto che sopra la fede di quei registri vennero formati i quadri, divenuti ruoli esecutivi mercè l' ordinanza dell' Intendente (Prefetto). Ma posteriormente occorre distinguere gli enti che essendo parte del governo, hanno con esso comuni le regole di amministrazione e di contabilità, dagli altri enti, che non dipendono da esso che per una ordinaria vigilanza. I registri dei primi sono atti pubblici o fan fede di ciò che contengono, quando son compilati dall' uffiziale competente, come sono i registri degli esattori comunali e dei ricevitori demaniali. I secondi sono a considerarsi come carte domestiche regolati dall' articolo 1330 del Codice civile, per quanto onorati e probi fossero i loro autori (1).

---

(1) Corte di cassazione di Napoli, 11 gennaio 1876; 24 giugno 1876.

97. Nasce un altro dubbio. Può ammettersi il giuramento decisorio sul fatto del volontario riconoscimento ed anche il suppletorio nei casi nei quali il giudice può ammetterli?

Il dubbio deriva da ciò, che la prescrizione si opera di diritto, decorso il termine prescritto dalla legge, termine perentorio, anche nel caso che il debitore o il possessore confessassero, l'uno di non aver pagato il capitale, e l'altro di essere un usurpatore, purchè vi sia stata inazione da parte del creditore o proprietario e possesso legittimo da parte del possessore. La ragion di decidere sta nell'osservare, che col giuramento si vuol provare l'esistenza di un atto interruttivo della prescrizione, e se è ammesso che possa ciò esser provato con testimoni, con lo scritto e con confessione, non può negarsi l'ammissione di un giuramento decisorio o suppletorio (art. 1364, 1374).

98. L'atto di riconoscimento per lo più non è una convenzione bilaterale: esso muove dal debitore o dal possessore. Si confessa nell'atto l'esistenza del debito in modo espresso o virtuale, del dominio, della servitù o di altri diritti. Esso non si può impugnare se non per ragioni legittime: rivocandosi, rimane sempre il fatto confessato, sebbene non sia stato accettato.

La scrittura d'onde si trae il riconoscimento, fa piena fede anche verso coloro che non vi sono intervenuti, dei fatti che vi si contengono (art. 1317, 1318). Il diritto che da essi deduce il proprietario o il creditore, promana dalla legge, non dalla convenzione che obbliga i contraenti ed i loro eredi: per lo più è una stipulazione a favore del terzo.

99. Può l'atto di riconoscimento esser rescisso od annullato non per vizii di consenso, ma perchè essendo preordinato a scopo più ampio e ad effetti totalmente distinti, sia manchevole di qualche condizione essenziale. Può dunque venir meno, perchè privo di requisiti essenziali per qualche effetto e rimanere il fatto della ricognizione. « *Manent enim confessiones et restituuntur actiones ut*

agnita contractu quanquam rescissibili, quod Baldus dixit in lege, si adjunctis Cod. si certum pctatur » (1).

Il riconoscimento fatto da chi non può alienare è valido o nullo?

Non trattasi del riconoscimento di un debito o di un diritto già estinto per prescrizione, nè di rinunzia a una proprietà o a un diritto già acquistato mediante la medesima, ma di diritti esistenti, dei quali l'inazione del proprietario o del creditore potrebbe, se fosse continuata, produrre la prescrizione. Sono speranze e nulla più. Riconoscere quel che è, il diritto che attualmente esiste, non è rinunziare ad un diritto acquistato. Si cancella, è vero, dalla misura del tempo quello che è decorso prima del riconoscimento, ma il medesimo può cessare per mera volontà del proprietario o del creditore; per cui il riconoscimento non si riduce ad altro che a dispensare costoro dal fare un atto interruttivo, e che il più delle volte costituisce un atto di buona amministrazione, quando specialmente vi è obbligo legale di farlo. Il debitore deve pagare gl' interessi, deve restituire il capitale, perchè è scaduto il termine, perchè è caduto *in commissum:* il possessore non ha pagato la mercede equivalente ai frutti raccolti. Gli amministratori, riconoscendo volontariamente i diritti del proprietario o del creditore o con fatti o con atti fanno atto di buona amministrazione, evitando liti disastrose.

Non pertanto la validità dei riconoscimenti fatti dagli amministratori è controversa. Pare a noi, che non si possa stabilire una regola comune a tutti i casi, i quali possono essere svariati. Il criterio per giudicarne dovrebbe esser questo: Se non si dubita, indipendentemente dal riconoscimento, dell'esistenza del diritto del creditore o del proprietario, il riconoscimento di chi è incapace di

(1) Troplong, 618; Le Roux de Bretagne, n. 458; D'Argentré sull'art. 266 su la *Coutume de Bretagne;* Giorgi, vol. VIII, n. 277.

alienare, è efficace come atto interruttivo della prescrizione; ma se vi è dubbio dell'esistenza del diritto, il riconoscimento è inefficace a provarlo od avvalorarlo. Provato però, altrimenti, l'esistenza del diritto, il riconoscimento deve ritenersi come legittimo atto interruttivo (art. 1361).

100. Il riconoscimento, interruttivo della prescrizione, fa cominciare il corso di una nuova prescrizione della stessa durata della precedente, purchè non siasi fatta novazione. Occorre dunque indagare lo scopo e la estensione del riconoscimento specialmente quando trattasi di prescrizioni brevi, e di titoli che si surrogano ai precedenti convenzionalmente che prima eran verbali. Di che ci occuperemo di nuovo quando ragioneremo delle brevi prescrizioni.

101. A chi giova e a chi nuoce la interruzione?

Materia è questa non scevra di difficoltà per chiarire la quale non ci dipartiremo dai principii, non discendendo all'esame dei moltiplici casi, dei quali son pieni gli annali di giurisprudenza e di tutti quelli che ampiamente svolge la scuola, ma non trasandando di specificare quei pochi che offrono maggiori dubbiezze di soluzione.

La interruzione civile profitta a chi la fa, e nuoce a coloro in danno di cui si fa. Il che si suole esprimere colla formola: « *Non datur interruptio de persona ad personam active et passive* ». Tale principio non è scritto espressamente nella legge, ma è presupposto nell'art. 2120, nel quale si fanno due eccezioni, riguardanti le obbligazioni solidali ed indivisibili.

L'obbligazione è solidale fra i debitori, allorchè, secondo il titolo che la costituisce, ciascuno di essi deve considerarsi nei suoi rapporti col creditore come debitore dell'intero debito, ossia ciascuno di essi si trova obbligato *in totum et totaliter*, come se fosse unico debitore. Essendo i debitori solidali tenuti gli uni per gli altri al totale del debito, sono verso il creditore considerati come

mandatarii gli uni degli altri. Onde il creditore può rivolgersi contro uno fra i debitori a sua scelta (art. 1189) e la domanda degli interessi proposta contro uno fra essi fa decorrere gl'interessi riguardo a tutti (art. 1192). Sicchè la interruzione della prescrizione fatta con atto intimato ad uno dei debitori solidali, o il riconoscimento del debitore fatto da uno di essi, prima che la prescrizione fosse decorsa, produce i suoi effetti rispetto a tutti (articolo 2130).

La morte di uno dei debitori solidali, che lascia molti eredi, modifica gli effetti della solidalità in quanto che gli eredi son tenuti a pagare l'intero debito nella stessa guisa del loro autore, ma ciascuno di essi personalmente per la rispettiva quota ereditaria ed ipotecariamente per l'intero. Da ciò deriva, che la intimazione fatta ad uno degli eredi o la ricognizione del debito da parte di uno di essi interrompe la prescrizione per la porzione personale, per la quale è tenuto verso il creditore. Non produce alcun effetto verso i coeredi, ed interrompe la prescrizione in faccia a tutti i debitori originarii per la sola quota cui è tenuto il coerede intimato o che ha fatto il riconoscimento. Tizio è creditore solidale di Francesco, Giuseppe ed Antonio di lire cento. Muore Francesco, lasciando eredi Mevio ed Ottavio. Mevio deve a Tizio per sua quota nel debito lire cinquanta: altre lire cinquanta gli deve Ottavio. Il precetto fatto a Mevio interrompe la prescrizione rispetto a lui per lire cinquanta, quante egli deve a Tizio per metà del debito solidale del padre Francesco, e rispetto a Giuseppe ed Antonio, debitori solidali originarii anche per lire cinquanta; non interrompe dirimpetto ad Ottavio, erede per metà di Francesco. Ad interrompere la prescrizione dell'intero debito riguardo a tutti i condebitori in solido occorre la intimazione o la cognizione di entrambi i coeredi Mevio ed Ottavio figli di Francesco.

La solidalità deriva dalla convenzione, dalla volontà del defunto o dalla legge. Fra le varie obbligazioni solidali stabilite dalla legge,

ve n'è una speciale, che sottopone più persone alla responsabilità derivante da un fatto colposo. Tale sarebbe la disposizione contenuta nell'art. 238, che rende responsabile il marito in solido dell'amministrazione esercitata dalla moglie prima del matrimonio e indebitamente conservata, e quella dell'art. 1156, che dichiara tenuti solidalmente al risarcimento dei danni gl'imputati di delitti civili. Finchè costoro non sieno dichiarati solidalmente tenuti a rispondere dei danni, non sono loro da applicarsi le regole della solidarietà, le quali cominciano ad aver vigore dal giorno della dichiarazione o della condanna. Onde se il danneggiato promuove l'azione contro taluno di essi prima di tale avvenimento, questa non interrompe la prescrizione verso gli altri.

Nelle obbligazioni cambiarie gli atti interruttivi della prescrizione rispetto ad uno dei coobbligati non anno efficacia rispetto agli altri, dice l'art. 916 del Cod. di comm. Vi è differenza tra la obbligazione in solido e quella cambiaria. Il pagamento della cambiale non libera se non quelli fra i condebitori, contro i quali non può rivolgersi colui che ha pagato, laddove ciascuno degli altri continua ad esser tenuto al pagamento di tutto il debito. Ciascuno degli obbligati deve l'intero debito, ma l'obbligazione dell'uno è separata e distinta da quella dell'altro, sebbene compresa in un solo titolo.

Ciò è applicabile anche all'avallante rispetto all'emittente od accettante, ed a tutti gli altri titoli all'ordine, come venne formalmente riconosciuto dalla Commissione coordinatrice.

Dalla cambiale nasce un'azione indiretta o di regresso colpita dalla decadenza, se entro certi perentorii termini non sieno stati adempiuti gli opportuni atti consecutivi. L'art. 916 è applicabile alla medesima e perchè concorre la stessa ragione e perchè trattasi di decadenza e non di prescrizione.

102. La legge riconosce la obbligazione in solido verso i creditori (art. 1184, 1185). Ciascuno di essi ha diritto di chiedere

l' intero debito : a ciascuno di essi può pagarsi l' intero , essendo l'un creditore reputato mandatario dell'altro. Sicchè l' interruzione fatta da un creditore profitta agli altri con quelle modificazioni che abbiamo notate nel caso di morte di uno dei debitori solidali, che lasci più coeredi. Si ricordi , che se la intimazione fatta da un creditore in solido profitta a tutti i creditori, la sospensione non giova che a quel solo creditore nell'interesse del quale è stata introdotta (art. 2122), per le ragioni espresse nel numero 65 del Capitolo terzo.

103. Le obbligazioni sono divisibili ed indivisibili.

Per le obbligazioni indivisibili sta la regola, che l'interruzione fatta da uno dei creditori o proprietarii ad uno dei debitori o possessori giova e nuoce a tutti, al quale principio sono applicabili gli art. 671, 672, 2130. Ma le obbligazioni indivisibili sono indicate negli art. 1202 e 1203, non dovendosi tali reputare per la prescrizione quelle sancite dal numero terzo dell'art. 1205. Queste , conosciute nella scuola sotto la frase *individuae solutione,* sono state ammesse, unicamente per impedire il pagamento parziale del debito. Ed è questa la opinione unanime della scuola francese.

104. L'intimazione di un atto d'interruzione al debitore principale, o la ricognizione da lui fatta del diritto interrompe anche la prescrizione contro il fideiussore (art. 2132 uniforme all' articolo 2250 del Cod. franc.) Così è stata definita una quistione vivamente controversa fra gli antichi scrittori. Ma è rimasta tuttavia pendente l'altra, se la intimazione di un atto d'interruzione al fideiussore o la ricognizione da lui fatta del diritto interrompe anche la prescrizione contro il debitore principale.

La Commissione del tribunale di Rennes esaminatrice del progetto del Codice francese propose di aggiungersi la definizione di detta quistione in senso negativo. Essa osservò, che la ricognizione del debito fatta dal fideiussore non vale che pel tempo che dura l'obbligazione principale senza poterne prolungare la durata. O il

fideiussore si è mantenuto nei limiti della fideiussione, ed allora la ricognizione del debito non lo liga se non per il tempo che il credito sussisterà; ovvero oltrepassando i limiti della prima obbligazione si è personalmente obbligato, ed in questo caso non ha potuto obbligare che sè stesso senza nuocere al debitore primitivo, il quale per effetto della prescrizione è liberato indipendentemente dal nuovo contratto del fideiussore. Ma uno della minoranza fece notare, che il creditore può rivolgersi al fideiussore anche semplice ed agire contro di lui, fino a che non proponga la escussione preventiva dei beni del debitore principale, e che costui non può giovarsi della prescrizione del debito, quando il creditore ha agito a tempo contro il debitore. Imperocchè ripugna che il fideiussore rimanga obbligato senza che sialo il debitore principale. Egli lo è, perchè il fideiussore ha il suo regresso assicurato contro di lui. Insomma il fideiussore non è che necessariamente obbligato e non si può concepire l'accessorio senza il principale.

Essendosi prolungata la discussione, fu accolta l' opinione di uno dei membri della Commissione di limitarsi ad esporre la necessità di risolvere le due seguenti quistioni:

Se la interpellazione fatta al fideiussore interrompe contro il debitore principale.

Se la volontaria ricognizione del fideiussore abbia lo stesso effetto.

Ciò non pertanto il Codice francese non risolvè la quistione.

La scuola francese e belgica si è divisa.

Non sono per la interruzione, Duranton, Laurent, Massé e Vergé su Zachariae, Ponsat, Marcadé, Mourlon, Aubry e Rau: sono per la interruzione, Dalloz, Vazeille, Troplong, Larombiere e Le Roux de Bretagne. Questi riassume tutta la dottrina della sua scuola così:

Era questo l' avviso dei nostri antichi che pensavano, la interruzione estendersi dal debitore principale al fideiussore. Il presidente Fabbro, Catellan, Soulanges, Bourgion riconoscevano, che i

pagamenti fatti dal fideiussore d'interessi o di parte di capitale prorogavano al di là di trent' anni l'azione del creditore contro l 'obbligato principale, sebbene questi non fosse intervenuto nei pagamenti (1). Ed in effetti colui, il cui credito è garentito da una fideiussione ha due debitori, cui può indirizzarsi. Interpellando il fideiussore, egli interpella il debitor principale, poichè il debito del primo non è altro che quello del secondo. Il fideiussore che può essere costretto a pagare, e che, pagando, libera l' obbligato principale, può anche interrompere la prescrizione riconoscendo il diritto del creditore. Egli soddisfa così ad un tempo alla sua obbligazione personale verso quest'ultimo ed a' suoi doveri verso il debitore principale, e le azioni delle quali egli è l'oggetto, i pagamenti parziali, il riconoscimento che egli fa del debito, reagiscono necessariamente su colui, che deve garentirlo; altrimenti il creditore che avrebbe ricevuto durante trent'anni dalla mano del fideiussore gl'interessi della somma prestata, potrebbe essere respinto e dal debitore principale, il quale sosterrebbe non essersi verso lui operata la prescrizione per difetto di atto interruttivo, e dal fideiussore che pretenderebbe di essere discaricato, l' obbligazione accessoria non potendo sopravvivere alla principale. Ora la prescrizione liberatoria è la pena del creditore negligente; non può essere applicata a colui che ha esercitato il suo diritto.

Il Codice italiano il quale è stato sì diligente a troncare la più parte delle quistioni agitate sotto l'impero del Codice francese, si è taciuto. Per inavvertenza, o a disegno? Lo s' ignora.

Quello che è certo si è, che la disposizione dell'art. 2123 è eccezionale, e le eccezioni non si possono estendere da persona a persona, specialmente in materia di prescrizione, per la quale sta

---

(1) Fabro, *Rationalia*, sulla L. 29, § 6, ff. *Mandati*; Catellan, lib. 7, cap. 18; Soulanges *Trattato d'ipoteca*, p. 864; Bourgion, *Diritto comune della Francia*, tom. 2, p. 578.

specialmente la nota regola: « *non datur interruptio de persona ad personam* ».

Le ragioni, le quali adduce il Le Roux de Bretagne, si riducono a segnalare gl'inconvenienti i quali derivano dalla dottrina contraria alla sua. Esaminiamoli.

Il creditore, il quale ha interrotto la prescrizione verso il fideiussore, o è stato riconosciuto dal medesimo con atto scritto o con pagamenti parziali, perderebbe il credito contro il debitore principale, perchè son decorsi tren'anni senza aver agito contro di lui; lo perderebbe contro il fideiussore, perchè essendo la obbligazione di lui accessoria, questa è cessata di esistere nel momento che è estinta l'azione principale.

L'effetto derivante dal niego della estensione della interruzione della obbligazione del fideiussore a quella del debitore principale è appunto quello che segnala il Le Roux de Bretagne, ed è la conseguenza della trascuratezza del creditore, il quale invece d' indirizzarsi al suo debitore principale, si è diretto solamente verso il fideiussore il quale non è tenuto che quando manchi il debitore principale. Gl'interviene quello stesso, che accade al creditore ipotecario, il quale invece d'interrompere la prescrizione verso il debitore personale e diretto, si fa a trattare col possessore del fondo, ipotecato per sicurezza del credito. La interruzione dell'azione ipotecaria non si estende all'azione personale contro il debitore ed estinta questa per prescrizione, si estingue anche l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, non potendovi più sussistere ipoteca di un credito estinto.

Il fideiussore volontariamente o compulso a pagare, può in tutto o in parte soddisfar l'obbligazione. Subentra nei diritti del creditore (art. 1916) ed ha il regresso contro il debitore principale (articolo 1915). L'azione di regresso dura trent' anni: il che produce il seguente effetto. Se il creditore è stato soddisfatto dell' intero, il suo diritto essendosi estinto per pagamento, è venuta meno ogni materia di prescrizione. Se è stato pagato in parte, il debitore principale per cui conto il fideiussore ha pagato, è liberato dal pagare

il di più al creditore per prescrizione non interrotta verso di lui, ma interrotta solamente dai pagamenti parziali fatti dal fideiussore. Ed intanto costui avrà il diritto di farsi rivalere dal debitore di quello, che a tempo debito ha pagato al creditore.

Questo è l'effetto ordinario del sistema contrario a quello di Le Roux de Bretagne, il quale si verifica anche nel caso che un terzo non obbligato a pagare il debito altrui, lo faccia per conto del debitore (art. 1238), per esserne da lui rifatto. Tizio in proprio nome ha pagato per Caio gl'interessi di un debito prima che fossero prescritti, inteso ma non malgrado Caio, in modo che gli compete per legge il diritto di essere rimborsato da Caio degl'interessi pagati fra trent'anni dal pagamento, coll'azione o *negotiorum gestorum* o *in rem verso*. Il creditore soddisfatto degl'interessi dal terzo non può opporre al debitore la interruzione della prescrizione operata col riconoscimento del debito, perchè tale riconoscimento non è stato fatto da lui, come vuole l'art. 2129. E lo stesso che avviene, se il pagamento degl'interessi è fatto dal fideiussore, caso non diverso dal primo, se non in questo, che il primo pagamento è fatto da chi non vi ha interesse, il secondo da un obbligato; ma nell'uno e nell'altro caso si tratta sempre di un pagamento fatto *per altri* e non dal debitore: per cui non si è nell'ipotesi dell'art. 2129.

La perdita del residuo credito deriva sempre dalla negligenza del creditore. Egli non restituirà nè al debitore nè al fideiussore le somme ricevute in conto, ma non può pretendere il di più, perchè ha omesso di conservarlo, non dal debitore principale perchè non ha interrotto la prescrizione verso di lui, non dal fideiussore perchè è estinta la obbligazione principale.

Il Giorgi (1), il Pugliese (2) ed il Ricci (3) rigettano l'opinione di Le Roux de Bretagne. Tutte queste conseguenze legitti-

(1) Vol. 8, n. 280.

(2) N. 120, vol. 2.

(3) Vol. V, n. 204.

mamente derivanti dal principio che l'interruzione della prescrizione verso il fideiussore non profitti al creditore contro il debitore principale, producono nell'animo mio una grande incertezza, tanto più quando taluno degli stessi scrittori, i quali propugnano tale opinione, è costretto a contraddirsi, allorchè risolve l'altra questione, se i pagamenti fatti dai terzi senza mandato del debitore sieno interruttivi a vantaggio del creditore. Così il Pugliese (1) opina, che i pagamenti fatti dai fideiussori, dai coobbligati che hanno interesse, e che pagano per evitare a sè un maggior danno, sono interruttivi della prescrizione, come se i pagamenti fossero stati fatti dal debitore, dal quale sono stati o debbono essere rimborsati. Il diritto di agire del creditore rimane per tali pagamenti annullato, nè gli si può far rimprovero di negligenza, essendo stato egli soddisfatto da chi aveva obbligo di farlo. La Corte di cassazione di Napoli con sentenza del 1° agosto 1884 ha ritenuto che i pagamenti fatti dal terzo senza mandato e senza interesse, giovevoli però al debitore, interrompono la prescrizione, anche contro di lui, avendogli evitato atti esecutivi, e presumendosi un tacito mandato. Questa sentenza è stata censurata dal Giorgi e dal Pugliese, perchè la gestione ha per iscopo di regolare i rapporti tra l'amministrato ed il gestore, non già quelli tra l'amministrato ed i terzi, e che se il creditore è forzato a riceversi il pagamento, non ne segue che il debitore debba ricevere il danno di una forzata interruzione.

Ma si noti che il pagamento si reputa fatto per conto, per interesse e per utilità del debitore, sicchè è tenuto a rimborsarne il terzo che l'ha fatto. Pagando egli al terzo, è come se avesse pagato direttamente al creditore, e facendo o essendo costretto a far suo il fatto del terzo, viene a riconoscere che nel momento nel quale il pagamento è stato fatto dal suo gestore, il debito esisteva.

---

(1) Vol. 2, n. 106.

La interruzione *fittizia*, mediante riconoscimento, equivale alla interruzione civile, ed imporre al creditore di fare altri atti interruttivi è imporgli cose inutili.

Il Codice italiano omettendo di trattar la quistione, l' ha rimessa alla disputazione dei prudenti, e l' armonia dei diversi principii del diritto e l' equità esige che, interrotta la prescrizione verso il fideiussore, s' intenda interrotta anche verso il debitore principale. Il fideiussore può ritenersi un mandatario del debitore a pagare per lui, ed il fatto del mandatario è fatto del mandante come il fatto del gestore è fatto dell' amministrato quando è stato da lui approvato o è costretto ad approvarlo.

105. La interruzione fatta da un coerede o condomino profitta agli altri coeredi o condomini?

Se la interruzione è fatta dal coerede o dal condomino per la sua *quota*, ben si comprende che non può estendersi ad interrompere la prescrizione per la quota degli altri. Ma se la interruzione è stata fatta dal condomino o dal coerede nell' interesse della comunione, la quistione si riduce ad esaminare, se questi abbia per legge il diritto di fare simile interruzione senza che ne abbia avuto mandato.

A noi pare che egli abbia questo diritto. Il condomino o il coerede hanno un supremo interesse di CONSERVARE (1) la integrità della cosa comune, e siccome l' atto interruttivo è atto di mera conservazione del diritto, non può esser loro impedito nel fine di conservarlo intero il diritto nel proprio interesse.

Il coerede o il condomino non hanno diritto ad una parte certa e determinata di ciascuno dei beni ereditari o comuni, ma ad una quota di tutta la massa dei beni, la quale si accerta e si determina mediante la divisione. E questa si esegue formando una massa sola di tutti i beni e dei frutti, figurando in essa fittizia-

---

(1) Si noti che *conservare* è cosa diversa dall' *amministrare*.

mente il valore di quella parte che a taluno dei coeredi e dei condomini è stata assegnata o è stata da lui presa anticipatamente, affinchè nella formazione delle quote quegli che nulla ha avuto o avuto di meno, prelevi in immobili, in mobili o in contante quel di più che l' altro deve avere di meno. Per la quale ragione le disposizioni fatte dai coeredi e dai condomini delle quote rispettive si riducono a quelle che loro vengono a spettare nella divisione (art. 679). Ed è perciò che ciascuno dei coeredi e dei condomini ha interesse alla *conservazione* della cosa comune nella sua integrità non della sola sua quota, la quale forse, potrà consistere appunto in quella cosa che egli vuol conservare, interrompendo la prescrizione nell' interesse della comunione. Ed ha anche l' altro interesse di conservare intera la quota dei suoi consorti per rivalersi sopra di essa di quello che costoro gli possono dovere.

Colui il quale è convenuto in giudizio non da tutti i condomini o coeredi nell' interesse della comunione, può opporre la necessità dell' intervento degli altri per integrare il giudizio e non già la carenza di diritto ad agire nell' interesse della comunione, tutelando il quale vengono a salvaguardare un diritto proprio. I quali principii seguendo, la Corte di cassazione di Napoli, a 23 marzo 1876, avvisò, che il coerede potesse domandare in giudizio la cosa appartenente all' eredità indivisa ed interrompere per conseguenza la prescrizione di trent' anni nell' interesse degli altri, massime quando il fatto suo viene riconosciuto ed approvato.

E ciò deve ammettersi anche quando si trattasse di revindicazione o restituzione di crediti, i quali sono divisi fra i coeredi per ministero di legge, perchè la stessa legge stabilisce, che i crediti formar debbono parte della massa e delle quote da attribuirsi o sorteggiarsi; sicchè un credito può cadere tutto intero in una quota. L' attribuzione definitiva di essi a ciascuno dei condomini o dei coeredi non può essere che l' effetto del giudizio di divisione.

Cotesta opinione non è insegnata dalla maggioranza della scuo-

la, per cui l'abbiamo esposta con quell'ampiezza di ragioni che han generato il nostro convincimento contrario.

Se non che avvisiamo, che non possa ammettersi la proposizione inversa; che s'interrompa la prescrizione a danno dell'eredità indivisa o del condominio col riconoscimento fatto da un solo coerede o condomino nell'interesse della comunione, o coll'intimazione di atti ad un solo di costoro. Imperocchè non si tratta di *conservare* alla comunione la cosa, ma di perderla, nel che ciascuno dei coeredi e dei condomini non può rappresentare che sè stesso.

106. La interruzione fatta dall'usufruttuario profitta al nudo proprietario; e viceversa l'interruzione fatta dal nudo proprietario profitta all'usufruttuario?

L'usufruttuario di un immobile non è il mandatario del proprietario per agire in giudizio: egli ha in dovere di denunziare al proprietario le usurpazioni, che un terzo commettesse sul fondo od, altrimenti, ne offendesse le ragioni, rispondendo di tutti i danni che fossero derivati al proprietario dalla mancanza della denunzia (art. 520). Deriva da ciò, che egli, quando è in possesso se possiede pel proprietario, non lo rappresenta in giudizio nè la interruzione, che egli fa nell'interesse del proprietario dovrebbe giovare a costui: se non che indirettamente il nudo proprietario viene a profittarne, perchè l'usufruttuario interrompe il possesso del terzo, e lo rende non pacifico; e senza possesso non interrotto e pacifico non si può acquistare la proprietà per prescrizione, nè un diritto sulla medesima. Lo stesso è a dirsi se l'usufruttuario non sia ancora nel possesso dell'immobile: l'azion di rivendicazione interrompe il possesso e giova necessariamente al proprietario.

Se l'usufrutto è di un capitale o di una rendita perpetua, l'interruzione per gl'interessi e le annualità estende il suo effetto pel capitale e pel diritto alla rendita; sicchè estinto l'usufrutto, il debitore deve proseguire a pagare gl'interessi e le annualità al nudo

proprietario, il quale ne ha avuto l' esercizio per mezzo dell' usufruttuario.

L'interruzione fatta dal nudo proprietario dell'azione sopra un immobile o di un mobile, non può giovare all'usufruttuario, perchè il proprietario non rappresentando l'usufruttario, il possessore o il debitore può opporre al nudo proprietario la carenza di dritto rispetto all' usufrutto, qualora però l' usufruttuario non l' abbia perduto pel non uso, essendosi allora consolidato a favore del proprietario.

Ma se non ancora si è estinto e l'usufruttuario lo lascia estinguere pel non uso, sorge l' azione anche per l' usufrutto a favore del proprietario.

Se il creditore si volge all' usufruttuario per esigere gl' interessi o le annualità, interrompe anche pel capitale a favore del proprietario; ma qualora si dirige al proprietario per gl' interessi e le annualità se interrompe pel capitale, non interrompe rispetto all'usufruttuario, se solo questi e non anche il proprietario sia obbligato a pagarli.

Nelle azioni reali la interpellazione deve farsi all' usufrutttario ed al proprietario e l' interpellazione fatta all'uno non interrompe verso l'altro.

107. Il creditore anticretico non avendo un diritto reale sul fondo, non può, al pari del conduttore, muovere controversia nè possessoriale nè petitoriale contro il terzo, che offendesse le sue ragioni e quelle del proprietario. Può qual creditore del proprietario esercitarne i diritti. Se ciò accade, l'interruzione fatta da lui profitta al proprietario. Se egli conserva il possesso dell' immobile nel nome del proprietario, necessariamente il fatto suo giova al proprietario, trattandosi di prescrizione acquisitiva, la quale non può aver luogo a favor del terzo cui manchi il possesso legittimo.

L' interruzione derivante dall' azione di revindica diretta contro il creditore anticretico al pari di quella che si dirige contro il conduttore non interrompe la prescrizione verso il debitore o il

locatore, perchè il possessore anticretico e il conduttore non sono possessori legittimi ma detentori in nome altrui. La intimazione deve farsi a colui dal quale vuolsi revindicare la proprietà o il possesso.

108. L'erede apparente rappresenta la successione. Egli agisce in giudizio come erede e contro di lui si agisce. Onde l'interruzione si opera attivamente e passivamente, come se egli fosse il vero erede.

Quando cessa di esserlo, l'eredità passa al vero erede con tutti i suoi beneficii e svantaggi. Non si può dunque accogliere l'opinione del Laurent, il quale non riconoscendo nell'erede apparente la rappresentanza della successione deve ritenere che la interruzione attiva e passiva non giova nè nuoce al vero erede.

Ma, se ciò può dirsi in qualche maniera pel Codice francese, è un'eresia giuridica pel Codice italiano, dove è scritto l'art. 933, il quale riguarda l'erede apparente come rappresentante legittimo della successione rispetto ai terzi, meno ne' trasferimenti a titolo gratuito.

109. Il giudizio di spropriazione non è universale come il fallimento. Esso può comprendere tutto o parte del solo patrimonio immobiliare del debitore. La *res deducta in judicio* e che deve rimaner *salva*, finchè non si compie, non sono i crediti iscritti, o chirografarii, ma il fondo o i fondi pignorati nel fine di convertirli in prezzo con la vendita all'asta pubblica. Il creditore spropriante procede nel suo interesse, non essendo nè mandatario nè gestore degli altri creditori. Se non che, siccome gl'immobili da subastare possono essere vincolati ad altri creditori, si è disposto che i frutti formassero massa col prezzo degl'immobili da subastare, per distribuirsi nel giudizio di graduazione fra i creditori.

A qualunque creditore iscritto si è concesso il diritto di surrogarsi nella procedura, se il creditore spropriante l'abbandonasse, in qualunque stadio, senza che si fosse obbligati a cominciarla da

capo. La sentenza, che autorizza la vendita, ordina ai creditori iscritti di depositare nella cancelleria le loro dimande di collocazione motivate nel termine di trenta giorni dalla notificazione del bando. Ed il tribunale, nel giudizio di collocazione dispone della condizione dei creditori comparsi, e pronunzia la decadenza dei creditori non comparsi.

Par chiaro, che fino all'intimazione del bando, l'interruzione derivante dal giudizio di spropriazione non possa giovare che al creditore spropriante e a tutti quegli altri, che per una ragione qualunque ne diventino parte, intervenendo nel giudizio. Non ha alcun valore l'argomento derivante *in contrario* dall'essersi disposto la immobilizzazione dei frutti, e il collocamento degl'interessi posteriori alla trascrizione del precetto dovuti ai creditori iscritti secondo lo stesso grado del capitale ed il diritto alla surroga nel caso, che l'espropriante fosse negligente a proseguire il giudizio, per dedurne la conseguenza che essendo comune il giudizio di spropriazione a tutti i creditori sin dalla trascrizione del precetto, giovi fin da cotal momento la interruzione a tutti i creditori.

Che il giudizio di spropriazione recato innanzi da un solo creditore, giovi in alcune sue conseguenze a tutti i creditori, col convertire in prezzo il valore dell'immobile, aumentato da quello dei frutti posteriori alla trascrizione del precetto, è cosa della quale non si può dubitare; ed affinchè l'utilità che da tal giudizio loro deriva, fosse intera, la legge ha concessa a tutti i creditori iscritti di proseguire la procedura, se il creditore spropriante la trascuri coll'altro vantaggio di poter pretendere collo stesso grado del capitale gl'interessi posteriori alla trascrizione del precetto, supponendo che bastino a pagarli i frutti aumentati, il che non è.

Queste utilità si estendono a tutti i creditori iscritti ed indirettamente anche ai creditori non iscritti, purchè però conservino i loro crediti e le loro ipoteche e non li lascino prescrivere o decadere. Ciascuno di essi deve essere diligente a mantenere l'inte-

grità del suo credito e per capitale e per interessi e le iscrizioni, non dovendo la diligenza dell'uno per la conservazione dei suoi diritti covrire la negligenza di chi trascura i proprii. Le utilità comuni si godono da chi si conserva creditore ipotecario non da chi cessa di esser tale.

È dubbio, se la stessa dottrina possa accettarsi dopo che siasi intimato il bando dei creditori iscritti con invito a produrre in cancelleria le domande di collocamento. La prescrizione s'interrompe dal giorno dall'esibizione della dimanda in cancelleria, o dalla intimazione del bando.

Il bando s'intima ai creditori iscritti per dare loro scienza della vendita all'asta del pegno comune, perchè possano, se vogliono, concorrere agl'incanti, spingere altri a concorrervi ed, in ogni caso, a vigilare la loro regolarità.

Ma oltre al bando, loro s'intima l'ordine di presentare la dimanda di collocamento con i documenti in cancelleria, in esecuzione della sentenza del tribunale. Quest'invito deve ritenersi, come l'atto iniziale del giudizio di graduazione, col quale ciascuno dei creditori è invitato intervenirvi se crede. Esso però non può essere interruttivo, che per chi vi procede, nè può profittare a colui a cui si fa l'intimazione, se non quando risponde all'invito colla esibizione della domanda di collocamento. Se questa domanda non si presenti, non vi è esercizio di azione, e se si presenti, non può retrotrarsi al giorno successivo all'invito, ma deve valere da quello nel quale la domanda si è presentata.

Il giudizio di graduazione non può equipararsi ad un giudizio ordinario e produrne gli effetti. Il creditore, sebbene citato, ne diventa parte, quando presenta la sua domanda in graduazione, ed è perciò, che la notificazione dello stato di graduazione si fa ai soli creditori comparsi: dei contumaci non si tiene alcuna ragione (articolo 712 Cod. di proc.). Ed il tribunale nell'omologarlo si limita a dichiarare la decadenza dei non comparsi (art. 712 Cod. di proc.).

La scuola francese esprime una contraria opinione, ma la ragione che essa adduce non par convincente, dando troppa estensione alla comunione della procedura di spropriazione. Per noi, è di giovamento e di danno comune tuttociò che si riferisce alla vendita del pegno comune, ma niuno dei creditori è procuratore dell'altro e ciascuno deve conservare i diritti proprii se vuole godere dei vantaggi della vendita del pegno. Come si deve conservare la ipoteca, così si deve conservare il credito cogli accessorii.

Nè deve far peso l'osservazione che sia inutile fare atti interruttivi, quando in un giudizio universale si agita la sorte di tutti i creditori. Ciò può importare, che ciascuno dei creditori possa liberamente intervenirvi per tutelare i proprii diritti, ma non esclude il dovere di esser diligente a conservarli. Il giudizio di fallimento è universale, nè ciò toglie l'obbligo a ciascun creditore di conservare la integrità del suo credito fino al momento che ne dimanda la verifica. Il giudizio di spropriazione non è universale, come quello di fallimento, ristretto come è ai soli beni immobili compresi nella spropriazione ed è comune ai soli creditori iscritti, sebbene non è vietato di presentarsi in graduazione anche ai creditori chirografarii.

Non vi è ragione, sotto l'aspetto della prescrizione, trattare i creditori del debitore espropriato in modo diverso dai creditori del fallito.

La scuola italiana, tranne il Pugliese (1), nella sua maggioranza segue la scuola francese (2).

110. È anche quistione, da qual tempo cominci la interruzione della prescrizione a vantaggio dei creditori iscritti sull'immobile che si vuol liberare dalle ipoteche.

Coerenti ai principii stabiliti nel numero precedente, crediamo, che la interruzione per ciascuno dei creditori incominci dal

---

(1) Vol. 2, n. 124.

(2) Giorgi, vol. VIII, n. 289; Borsari, § 4419; Ricci, vol. 5 n. 200.

giorno nel quale si è presentato nella cancelleria la domanda di collocamento: prima di tale domanda non vi è nè riconoscimento del credito, nè *res deducta in judicio.*

Le intimazioni si fanno a tutti i creditori iscritti, non perchè si riconoscessero i loro diritti, pel solo fatto di essere sol perchè iscritti, ma perchè essendo iscritti possono aver un diritto sull'immobile. Sicchè sono messi in mora a farlo valere colla presentazione delle rispettive domande; e se nol facciano nel tempo stabilito, il loro diritto è annullato.

Nè l'apertura del giudizio di graduazione nel quale il prezzo si deve distribuire a quei creditori comparenti, che vi hanno diritto, può giovare a chi non comparisce, o pure a chi, comparendo, non ha curato di conservare la integrità dei suoi diritti, consistenti nel credito, negl'interessi di esso e nell' ipoteca; perchè la *res deducta in judicio* è il prezzo. L'invito ai creditori di domandare di parteciparvi non può loro giovare che dal momento nel quale vi partecipano; ma non prima, perchè non è un atto o un fatto che muove da essi, ma da un terzo, che non è nè procuratore, nè gestore loro.

La scuola francese e specialmente il Troplong insegnano la dottrina contraria, ma par che non si adduce alcuna ragione che si possa accettare.

111. L'interruzione della prescrizione non si estende da un' azione ad un' altra ; ossia chi agisce per l' esercizio di un diritto , non può pretendere che l'esercizio si riferisca anche ad altro diritto.

Può nascere quistione, quale sia l' estensione del diritto, che si è esercitato; il che comprende l'esame di un fatto da estimarsi secondo le regole di diritto.

Chi domanda per modo di esempio le annualità di una rendita perpetua o gl' interessi di un capitale, interrompe la prescrizione anche per i capitali; perchè sebbene il diritto alle annualità ed agl'interessi sia cosa distinta dal diritto alla rendita ed al capitale,

pure l'azione per i frutti implica virtualmente l'esame del diritto al capitale: sicchè ottenuta la condanna ai frutti, si è avuto il riconoscimento del capitale. Non è così, se si domanda la rescissione della rendita perpetua o il pagamento del capitale, perchè essendo due prescrizioni distinte, quella relativa ai frutti civili e quella relativa al capitale, la interruzione della prescrizione del capitale può stare da sè, senza trascinare quella dei frutti, e senza che importi riconoscimento di quelli già scaduti.

Se s'istituisce l'azione di divisione di eredità, di cose comuni, di petizione di eredità o con niuna o con inesatta specificazione, è contenuto nella medesima tutto ciò che vi si può comprendere successivamente per legge; come per esempio, il rendiconto dei frutti, la collazione, la riduzione ecc.: la specificazione dei beni, che compongono l'eredità.

L'interruzione fatta contro una persona per un'azione non si può estendere ad un'altra persona sebbene le due azioni sieno connesse o dipendenti. Così l'azione personale di pagamento contro il debitore non interrompe l'azione ipotecaria contro il terzo possessore: e viceversa l'azione ipotecaria contro il terzo possessore non interrompe l'azione personale contro il debitore, se a costui non si faccia intimazione.

Se l'azione sia diretta contro la stessa persona anche che sia o connessa o incompatibile con altra azione, il cui esercizio si avrebbe potuto scegliere in preferenza di quella che si è scelta, non interrompe la prescrizione dell'azione connessa o incompatibile.

Se non si può istituire un'azione senza che ne sia precedentemente giudicata un'altra e nè l'una può essere coll'altra cumulata neanche in forma subordinata, non si può far discussione di interruzione, ma di sospensione dell'una finchè l'altra non sia definita, e deve essere decisa secondo le regole stabilite nel capitolo precedente relativo alla sospensione dei termini.

La scuola francese, molto più dell' italiana, si estende a specificare una moltitudine di casi offerti dalla giurisprudenza, dove approvando, dove censurando. Non intendiamo ripetere questo ingrato lavoro che si dovrebbe accrescere con gli altri, che si son presentati successivamente all' esame delle Corti, perche intendiamo limitarci alle sole regole generali che possono servire di criterio direttivo delle diverse specie occorrenti.

CAPO QUINTO

DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA.

SOMMARIO

112. Quali diritti e quali azioni si possono estinguere per prescrizione — 113. Metodo della trattazione — 114. Le eccezioni, per regola, non si prescrivono — 115. Neanche si prescrivono, quando chi può proporre cumulativamente l' azione e l' eccezione, prescritta l' azione, propone l' eccezione contro chi gli domanda la esecuzione del contratto — 116. Spiegazione ulteriore dell' art. 1302 — 117. Estensione dell' art. 1302 a tutti i casi simili — 118. Opinione del Savigny.

112. Nelle *Nozioni preliminari* abbiamo osservato, che, giusta il linguaggio del Codice, tutte le prescrizioni sono estintive da un lato ed acquisitive dall' altro. Se non che alcune sogliono chiamarsi *estintive* ed altre *acquisitive*, guardandosi alla natura predominante ed alle condizioni necessarie per compiersi.

In questo capitolo tratteremo delle prescrizioni estintive in senso largo, riserbandoci di ragionare delle *acquisitive*, propriamente dette, nel Capo seguente.

E errore l' affermare e lo scrivere, che tutti i diritti si estinguono per prescrizione. Essendo la prescrizione un' istituzione di diritto positivo, occorre ricercar nella legge quali sieno i diritti soggetti a prescrizione.

L' art. 710 dispone, che possono acquistarsi col mezzo della

prescrizione *la proprietà e gli altri diritti sulle cose.* Se il diritto di proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano per prescrizione, è necessità ritenere che i medesimi si estinguano anche per prescrizione, ogni prescrizione acquisitiva supponendo l' estintiva (articoli 515, 529, 666, 668, 943).

L'art. 1236, fra i modi di estinguere le obbligazioni, pone la prescrizione; sicchè tutti i diritti, che producono obbligazioni, possono estinguersi per prescrizione.

E poichè ogni diritto, quando è violato, produce un'azione per farlo valere, così l'art. 2135 stabilisce, che *tutte* le azioni reali e personali si prescrivono col decorso di trent'anni, senza che in contrario possa opporsi il difetto di titolo e di buona fede.

Non solo il difetto di titolo non impedisce la prescrizione, ma anche ciascuno può prescrivere contro il proprio titolo nel senso che si può colla prescrizione conseguire la liberazione dell'obbligazione per l'inazione del creditore (art. 2118).

È conseguenza di siffatte disposizioni, che la prescrizione dei diritti reali e personali e delle azioni, che li tutelano, si operi col decorso di trent'anni, qualora nel detto termine non si usano o non si fanno valere, secondo la natura di detti diritti.

I diritti, detti facoltativi (1), non sono propriamente diritti, in quanto che vi è difetto della principale condizione di essere *esclusivi* di chi li esercita e produrre obbligazioni precise tranne quella generale, *neminem ne laedere.*

Essi non possono essere materia di prescrizione; sono facoltà inerenti all'uomo, al cittadino, al proprietario riconosciute dalla legge in un interesse generale, che si esercitano se si vuole e quando si vuole, non avendo altri limiti che quelli determinati dalle leggi; e si esercitano egualmente dagli uni e dagli altri che si trovino nelle stesse condizioni, rispettandosi reciprocamente nel loro

---

(1) I diritti facoltativi derivano o dalla natura o dalla legge.

esercizio. Per le facoltà inerenti all'esercizio della proprietà vi son regole speciali relative alla prescrizione delle quali ragioneremo nei luoghi opportuni.

Ciò che è facoltà può diventare diritto od obbligazione mediante contratto.

113. Ma non tutti i diritti reali e personali nè tutte le azioni reali e personali si estinguono col decorso di trent'anni. Ve ne sono alcuni, che o non si prescrivono o si prescrivono in tempo più breve; nè per tutti basta l'avveramento della sola condizione del non uso e dell'inazione, richiedendosi per le estintive-acquisitive anche un legittimo possesso. Il che ci pone nella necessità di trattare in una sezione *della prescrizione estintiva di trent' anni*, in una seconda *della prescrizione estintiva di una durata più breve*, e di svolgere poi in capi speciali le *estintive-acquisitive*, conosciute generalmente sotto il solo nome di *acquisitive* (*usucapio*).

114. Ma prima di venire a queste trattazioni, ci par necessario di esaminare, se si possano estinguere per prescrizione le *eccezioni*.

Basterebbe l'osservare, che la legge non le dichiara soggette a prescrizione, la quale si oppone alla loro natura, la difesa supponendo l'attacco. Il che fece venir fuori la massima: « *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ». Qualunque sia la fonte originaria di questa massima (1), non può dubitarsi della sua esattezza, quando chi usa della eccezione non abbia diritto di agire, perchè non si può notar di negligente chi non ha azione, dipendendo dall' avversario l' intentarla o non intentarla. La nostra legge di procedura non fa buon viso ai giudizii di provocazione, che sono di mera jattanza, permettendo appena l' udizione di testimoni a futura memoria, quando si abbia fondato motivo, che sia per mancare uno o più testimoni necessarii a far va-

---

(1) L. 5, § 6, *de doli exc.*, XLIV; L. 5 Cod. *de excep.*, VIII, 30.

lere un diritto o un' eccezione (art. 251 Cod. di proc.). La permissione dei giudizii di jattanza sarebbe, d'altronde, un beneficio concesso al provocante, del quale è libero di usare o non usare (1).

115. Il dubbio nasce, quando si abbia il diritto all' azione ed alla eccezione, e sia trascorso il tempo per l'esercizio dell' azione.

Chi è nel godimento delle sue cose, non disturbato da azioni tendenti a vincolare la persona o il patrimonio, non ha interesse di far dichiarare giuridico tale stato di fatto, coll'annullarsi l' atto o il contratto, dal quale può forse derivargli la perdita di un godimento, o la condanna al pagamento di un debito. Si presume, che, colui il quale attualmente non fa valere il suo diritto, non intenda farlo valere anche per l' avvenire, o perchè è convinto di non averlo o perchè vuol rinunziare alle conseguenze di un contratto stipulato, ma non eseguito. Costringere colui, il quale nulla pretende, di farsi innanzi per avere la dichiarazione che altri non abbia diritti contro di lui, è provocare una lite senza necessità, e forse senza il buon volere dello stesso provocato; ed una lite di meno è un bene sociale. Per la quale ragione la scuola antica e moderna quasi unanime ha accettato il principio, che colui il quale può far valere come eccezione la difesa, che avrebbe potuto pro-

---

(1) Sul fondamento della legge *Diffamari* contenuta nel Codice di Giustiniano sotto il titolo *De ingenuis manomissis*, e sull'altra delle Pandette *Si contendat* sotto il titolo *De fidej. et mandat.*, trassero i nostri pratici i giudizii di jattanza e di prevenzione, disputando con vivacità, chi dovesse in tali giudizii essere attore o convenuto e quale fosse il giudice competente. Sei leggi dell'ex regno di Napoli trattano della prevenzione, cioè i quattro riti della G. C., 168, 187, 189 e 190, la Prammatica unica *De praevent. moderan.* e la Regal Costituzione dell'anno 1788. Erano un semenzaio di liti, che oggi si è fatto cessare, riducendosi a sancire parte della Chiosa di Paolo de Castro sulla legge *Si contendat: Reus qui habet exceptionem, si actor differt agere, forte moriantur testes qui possunt exceptionem probare, correus potest ipsum ad judicium provocare, implorando judicis officium, et petendo declarari, sibi exceptionem competere et illi imponi silentium super actione et sic non solum petere examinari testes ad aeternam rei memoriam.* Moro, *Trattato della pratica civile,* tom. 3, cap. 37.

porre anche come azione per ottenere le stesse risultanze, conservi la eccezione tanto quanto dura l'azione dell'avversario.

Ciò non pertanto l'ordinanza francese del 1539 (art. 134) restrinse a dieci anni il tempo, pendente il quale potevansi far valere, tanto *dimandando*, che *eccependo* le cause di rescissione e di nullità. La quale disposizione male accolta a suo tempo (1) si ritiene generalmente e dalla scuola moderna francese e dalla giurisprudenza non essere stata accettata dal Codice francese, il quale riconosce la prescrizione dell'*azione* di nullità e di rescissione dei contratti, tacendo della *eccezione*.

Il Codice italiano ha nell'art. 1302 definito la quistione. La eccezione di nullità e di rescissione, esso dice, può essere opposta da chi è convenuto per l'esecuzione del contratto in tutti i casi, nei quali avrebbe potuto agire egli stesso per nullità o rescissione. Quest' eccezione non è soggetta alla prescrizione dell'art. 1300 (cinque anni).

Il detto articolo è riproduzione dell'art. 1407 del Cod. Alber. Il Senato di Piemonte (2), nel discutersi il progetto ne propose la cancellazione, ragionando così: Siffatta disposizione fu per avventura dettata dal noto principio che *temporalia ad agendam fiunt in excipiendo perpetua*, ma non pare al Senato, che tal principio fosse al caso con sicurezza applicabile. Imperocchè posto per base, che un contratto stipulato colla violenza, con errore, con dolo, sia rimasto nella sua validità per la durata di anni dieci, senza che colui che soffrì la violenza, o fu vittima del dolo o dell'errore, abbia richiamato contro il medesimo, perchè non dovrà tal contratto eseguirsi e sostenersi? Non è egli piuttosto da supporre, che questi abbia rinunziato all'azione che competevagli per far annullare o rescindere il contratto? Se così non si dicesse, il termine stabi-

(1) Doumolin disse: " *Iniqua est haec constitutio* "; Troplong, p. 830; Le Roux de Bretagne. Contra Duranton, t. 12, p. 667, 668; Laurent, n. 374.

(2) *Motivi sul Codice Albertino*, p. 361.

lito dall' art. 206 verrebbe a rendersi illusorio. Ritengasi, che i contratti non restano *ipso jure* annullati, giacchè al dire dei giureconsulti filosofi, la volontà *dolo, vi et metu coacta adhuc voluntas remanet.* Ma soltanto si possono annullare o rescindere per via di azione. Ora se si permettesse a chi ha il diritto di eccepire l' errore, il dolo, o la violenza, lo stare oltre dieci anni in silenzio, sarebbe sempre vero, che la quistione di nullità e rescissione potrebbe agitarsi e sostenersi anche dopo il lasso del tempo, entro il quale fu per giusti motivi circoscritto dalla legge. In tal caso dovrebbe almeno il termine della prescrizione farsi decorrere dal giorno con cui si eseguì e se ne chiama la esecuzione; ma siffatta disposizione lascerebbe la sorte dei contendenti in incerto a tempo indefinito, ed è per questo che i provvidi legislatori pensarono a stabilire un termine entro il quale quegli che soffrì la violenza, il dolo o l' errore, debbe, dacchè il conobbe, esperire i suoi diritti, inducenti in caso contrario una legale presunzione che quanto mancava ad una volontà libera fu supplito col silenzio e coll' acquiescenza. Ciò posto sia che il contratto venga illico eseguito, sia che si domandi più tardi l' esecuzione, sia che si proponga la nullità direttamente per via di azione, o indirettamente per via di eccezione, nel qual caso *reus sit actor* e la prova del fatto del dolo o dell' errore è sempre a suo carico, non deve il contraente che tacque per dieci anni sul vizio dell' inteso contratto, neppure essere sentito nella eccezione che da simili fatti volesse derivare. Per tali riflessi il Senato crederebbe più conveniente l' ommettere l' articolo 218, che non trovasi nella legislazione francese, nè in quella di Napoli e Parma.

La Commissione rispose: L' art. 206 del nostro progetto non si discosta per avventura dal modo con che la disposizione dell' art. 1304 del Cod. franc., corrispondente a quello, deve venir inteso anche in Francia, distinguendo cioè se la nullità sia proposta in via di azione o di eccezione (Toullier, *Droit civil français,*

tom. 7, n. 600). Ad ogni modo una tal distinzione venne finora tenuta come certa e costante nella patria giurisprudenza, a seconda del R. D., ogni qualvolta si trattasse di un vizio inerente all' atto del quale s' intende far uso per istabilire il diritto che su di esso riposa, e sempre si è pensato che qualunque fosse il più breve termine nel quale chi agirebbe per impugnarlo, debbe proporre la sua azione, quegli contro cui l' atto si farebbe valere non sia escluso dall'eccepirne la nullità finchè non vi sia cosa giudicata o una tacita acquiescenza nei casi nei quali siasi stabilita. Non regge però a parere della Commissione, l' argomento della tacita rinunzia, sul quale si fonda il Senato di Piemonte, mentre questa procederebbe nel caso, in cui vi sia stata esecuzione, ma non può aver luogo nel caso contemplato dall' articolo che suppone l' obbligazione non eseguita; allora la presunzione di acquiescenza è dal canto di chi non domandò l' esecuzione dell' obbligazione, ma non può mai essere dal canto di chi, non ricercato, si tacque e che forse ignora persino l' esistenza dell' obbligazione, come potrebbe succedere, segnatamente ove si tratti di un erede. La Commissione pensa non pertanto che l'articolo debba essere mantenuto.

116. Non bisogna però fraintendere l' articolo sino ad applicarlo nel caso, che, trascorso il termine della prescrizione dell'azione di nullità o di rescissione, dissimulandosi la esecuzione già data al contratto, si domandi come se questo non esista, la restituzione della cosa già consegnata. Come per esempio: Un tutore ha venduto, senza le forme volute dalla legge, l' immobile del minore, consegnandolo al compratore. Il minore, divenuto maggiore, lascia prescrivere l' azione di nullità del contratto; poscia promuove azione di revindica dell' immobile, che dice usurpato dal compratore: questi gli oppone il titolo di acquisto : replica l' attore che lo stesso sia nullo; gli contro-replica il compratore, che essendosi il contratto già eseguito, avrebbesi dovuto istituire l' azione di nullità; e poichè questa era già prescritta, il diritto all'annullamento del contratto deve dichiararsi già prescritto, sebbene

mascherato artifiziosamente sotto la forma di replica all'eccezione di esistenza del contratto.

La difesa del compratore risponde alla lettera ed allo spirito dell'art. 1302. Il venditore è in sostanza attore, non convenuto. Egli doveva far annullare il contratto già eseguito; il suo artifizio in darvi la formola di replica all'eccezione non può mutare la verità della cosa. Quello che apparisce replica, avrebbe dovuto essere dedotto con formale azione. Non essendo stato il venditore convenuto per la esecuzione del contratto, invece convenendo egli il compratore dopo la esecuzione del medesimo, non può valersi dell'art. 1002.

Lo stesso deve dirsi del caso, che una donna maritata, dopo aver venduto il fondo dotale come libero, durante il matrimonio, senza le forme volute dalla legge, si fa a revindicarlo dal possessore, decorsi che fossero i cinque anni dallo scioglimento del matrimonio. Essa doveva nel termine istituire l'azione di nullità, e l'averla artifiziosamente colorita come azione di revindica non può far mutare la sostanza dell'azione.

117. L'art. 1302 è scritto per le eccezioni di nullità dei contratti degl'incapaci, convenuti per la esecuzione, perchè in occasione di questa materia era nata la quistione della prescrizione delle eccezioni, ma informato come è da un principio supremo di diritto e di equità deve essere applicato in tutti i casi, nei quali si presenta lo identico stato di cose (1).

---

(1) La Corte di cassazione di Napoli, a 14 novembre 1892, ha stabilito il seguente principio: Il venditore convenuto in giudizio dal compratore pel rilascio del fondo, può eccepire la rescissione del contratto per lesione, malgrado sia decorso il termine stabilito dalla legge. A prescindere che l'art. 1300 *sia applicabile a tutti i contratti in genere, senza restringerne la disposizione ai soli vizii del consenso*, egli è indubitato, che citato dall'acquirente il venditore per la esecuzione del contratto e per la consegna dell'immobile, allora sorge l'interesse di dedurre *in excipiendo* la rescissione per lesione, anche decorso il termine, in cui avrebbe dovuto promuoversi l'azione, laddove il fondo venduto fosse stato consegnato al compratore.

Questa estensione dell' applicazione dell' art. 1302 non è ammessa da tutta la scuola italiana; la quale discordanza ci ha indotti ad esser alquanto larghi nella esposizione per confermare il concetto, che l' art. 1302 non contiene una eccezione, ma un' applicazione di una regola generale. Fra i discordanti è il Ricci il quale si fa scudo di due sentenze, l' una della Corte di appello di Messina, e l' altra della Corte di cassazione di Firenze, della quale diremo nel numero seguente (1).

118. Il Savigny (2), il quale tratta la materia sotto l' aspetto storico e razionale, pone, fra gli altri, i due seguenti casi: Un immobile è comprato nel 1841; la tradizione devesi fare immediatamente, e il pagamento nel 1842: nessuna delle due parti esegue il contratto. L' *actio empti* è prescritta nel 1871; l' *actio venditi* nel 1872. Durante tal periodo ciascuna delle parti aveva l' *exceptio non adimpleti contractus* contro l' azione che l' avversario avrebbe dovuto esercitare. Intanto l' *actio venditi* è intentata nel 1872. Chiedesi, se il compratore, la cui azione è prescritta da un anno, possa invocare la detta eccezione. Risponde lo scrittore nella nota 6: Io risolvo affermativamente tale quistione. *Unterholzner*, II, § 59, negativamente. Un cavallo venduto muore di vizii occulti poco dopo la vendita. Qui il compratore ha una *redhibitoria actio* per farsi liberare dal suo debito, azione che si prescrive in sei mesi, ed una eccezione contro l' azione del creditore a reclamare il prezzo. Si domanda, se malgrado la prescrizione dell' azione redibitoria, l' eccezione possa ancora essere invocata nel caso in cui l' *actio venditi* fosse esercitata dopo sei mesi. Aggiunge lo scrittore nella nota *d:* Io risolvo ancora affermativamente questa quistione. Ed *Unterholzner*, § 159, negativamente.

Consentiamo col Savigny nella risoluzione del primo quesito; perchè il contratto di vendita non è stato eseguito nè dall' una nè

---

(1) Ricci, vol. V, n. 147; Corte di appello di Messina, 2 aprile 1869, *Annali*, III, 2, 618; Corte di cassazione di Firenze, 25 maggio 1868, *Annali*, II, 1, 146.

(2) *Trattato*, lib. 2, CCLIII.

dall' altra parte e se l' una ne domanda l' esecuzione, l' altra può opporgli l' eccezione, essendosi nei precisi termini dell' art. 1302. Non possiamo accettare la risoluzione del secondo quesito per due ragioni.

L' azione redibitoria, giusta l' art. 1505, deve proporsi dal compratore, se si tratta d' immobile, entro un anno dalla consegna: se si tratta di animali, deve proporsi fra i quaranta giorni, e se di altri effetti mobili, fra tre mesi dalla consegna, salvo che da usi particolari sono stabiliti maggiori o minori termini. È una decadenza di diritto, se l' azione non si proponga *entro* un termine designato, la quale non si può confondere colla prescrizione.

Nel caso proposto dal Savigny, il contratto è stato già eseguito da parte del venditore, che ha consegnato il cavallo; non è stato ancora eseguito da parte del compratore. Questi ha dunque un' obbligazione nascente da contratto eseguito, dal quale non può sciogliersi che coll' istituire l' azione redibitoria entro un certo termine sotto pena di decadenza.

Onde ragionevolmente la Corte di cassazione di Firenze ritenne con sentenza del 24 maggio 1888 la decadenza dell' azione, prodotta sotto forma di eccezione alla domanda del pagamento del prezzo. Non possiamo però approvarne una delle considerazioni, cioè che l'art. 1302 scritto per i casi di nullità e di rescissione non possa invocarsi per casi diversi, contenendo esso una disposizione speciale e facendo appello alla massima spesso fallace, *uti voluit expressit, ubi voluit dixit*. Doveva invece considerarsi, che l' art. 1302 non potesse applicarsi al caso, perchè da parte del venditore il contratto si era eseguito ed anche da parte del compratore che ricevendosene la consegna era divenuto il possessore del cavallo.

Riteniamo dunque, che il Codice italiano col sancire l'articolo 1302 abbia fatto un notevole progresso legislativo, stabilendo per un caso speciale un principio, che è conforme al modo di operare della natura umana ed all'equità, e non costringendo necessariamente le parti ad una lite che forse si può evitare.

SEZIONE PRIMA

DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA DI TRENT' ANNI.

SOMMARIO

119. La proprietà ed i diritti che vi sono inerenti non si perdono pel non uso — 120. L'azione di revindicazione si estingue quando la proprietà si acquista da altri per prescrizione — 121. A chi compete l'azione di revindicazione — 122. Dell'azione di divisione — 123. Il diritto di usufrutto si estingue col non uso — 124. Se è violato, compete all'usufruttuario l'azione di revindicazione; relazioni tra il nudo proprietario e l'usufruttuario, nel caso di non uso — 125. Commento dell'articolo 663 — 126. Quando nelle servitù comincia il termine utile per la prescrizione — 127. Commento dell'articolo 669 — 128. Per le servitù affermative consentite o non attuate la prescrizione comincia dal dì della loro costituzione — 129. Delle servitù che si possono esercitare ad intervalli — 130. Le servitù legali non sono soggette a prescrizione — 131. Della prescrizione del modo di esercizio delle servitù — 132. Quistione speciale intorno all'apertura delle finestre — 133. Dell' azione confessoria — 134. Della prescrizione dell' ipoteca — 135. Della petizione di eredità — 136. Della prescrizione della domanda d'immissione nel possesso provvissionale dei beni dell'assente — 137. Della prescrizione dell'azione dei figli o discendenti dell' assente contro gli immessi nel possesso diffinitivo — 138. Della prescrizione dell' azione di coloro che dimostrino il giorno della morte dell'assente contro gl'immessi nel possesso definitivo — 139. Della prescrizione dell'azione di coloro che hanno un diritto prevalente o eguale agl' immessi nel possesso definitivo — 140. Dell'azione dello assente o dei suoi aventi causa contro coloro che hanno esercitato i diritti dell'assente, prendendo il suo posto, per ignorarsi la sua esistenza — 141. Della durata delle azioni personali — 142. Delle nullità del matrimonio derivanti dall'articolo 104 — 143. Delle nullità del matrimonio derivanti dall'art. 105 — 144. Della nullità derivante dall'impotenza (art. 107) — 145. Della impugnazione della filiazione legittima — 146. Dell'azione di pagare il debito e riscattare il pegno, e dell'azione di esigere il credito — 147. Dell'azione del mandante a domandare il conto — 148. Dell'azione per simulazione di un contratto pignoratizio, e dell' azione per la sua interpretazione — 149. Della prescrizione del diritto di rendita e del diritto di domandare un nuovo documento — 150. Del diritto a domandare il nuovo documento anche quando la rendita non abbia un capitale determinato: opinione del Ricci — 151. Della imprescrittibilità del diritto di redimere il

119. Il proprietario della cosa (mobile o immobile) ha il diritto di rivendicarla da qualsiasi possessore o detentore, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (art. 430).

Il diritto si estingue per l'inazione durata per trent' anni, purchè il possessore non ne sia diventato proprietario in un tempo più breve.

Il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle sue cose nella maniera più assoluta purchè non ne faccia un uso vietato dalla legge o dai regolamenti (art. 436).

Ha dunque la *facoltà* di usar delle cose sue, come meglio gli aggrada, secondo i bisogni ed anche secondo i suoi capricci, e non usarne del tutto, lasciandole desèrte od abbandonate. Niuno può chiedergli conto del suo modo di operare, quando non è offeso in qualche suo diritto.

Il proprietario, per effetto del suo diritto di disporre e di godere ha la *facoltà* di

A) Chiudere il suo fondo (art. 442).

B) Obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini fra le loro proprietà contigue (art. 441).

C) Chiedere la comunione del muro contiguo (art. 556).

D) Esercitare tutte le altre facoltà che la legge gli concede, colla qualificazione *di servitù stabilite dalla legge.*

Coteste facoltà concesse ad ogni proprietario per governo della proprietà in genere non sono soggette a prescrizione durando finchè dura la proprietà; sicchè anche le azioni, che il proprietario deve promuovere per la loro attuazione non si prescrivono per qualunque decorrimento di tempo salvo eccezioni.

Nell' esercizio delle facoltà di chiudere il fondo, o di mettervi i termini occorre quasi sempre l' *actio finium regundorum*, diretta propriamente a fare determinare i confini incerti e confusi, deter-

minazione pregiudiziale alla chiusura del fondo ed all' apposizione dei termini. Onde l' *actio finium regundorum* neanche è soggetta a prescrizione.

A questa azione talvolta si mescola quella di rivendicazione di una parte del fondo, della quale si pretende di avere avuto un possesso legittimo. La connessione o l' unione dell' azione diretta a regolare i confini ed a revindicare una parte estrema del fondo deve essere regolata riguardo alla prescrizione, dalle norme proprie dell'*actio finium regundorum* e dell' *actio revindicatoria*, l' una non soggetta a prescrizione, e l' altra prescrittibile, purchè vi sia stata la prescrizione acquisitiva dall' altra parte.

120. Nasce l' azione di revindicazione, quando si viola il diritto del proprietario; il che può avvenire in due modi, o mettendosi nel possesso della cosa, o pure esercitando un diritto sulla medesima: nel primo caso essa tende a ricuperarla e nel secondo a farla dichiarare libera. Questa azione che qualificavasi *negatoria servitutis*, non prende più tal nome, tanto più che il Codice non riconosce come servitù, che le sole prediali (1).

La proprietà, consistendo nel potere esclusivo sulla cosa, non può simultaneamente appartenere a più persone: *duorum in solidum dominium esse non potest.*

Da ciò discende, che l' azione di revindicazione si estingue quando, dopo la violazione, il proprietario non usi del diritto di agire, ed il possessore della cosa e del diritto sopra di essa ne acquisti la proprietà (2).

L' uno perde, l' altro acquista il diritto; la prescrizione perchè si verifichi, deve essere necessariamente nello stesso tempo estintiva da un lato ed acquisitiva dall' altro (3).

La prescrizione acquisitiva, che si opera mediante il legittimo possesso, accade pel decorso di trenta o dieci anni (art. 2135, 2137),

(1) Cap. I, n. 18.

(2) L. 8, C. *de praesc. trig. vel quadrag. ann.*, 7, 39.

(3) *Nozioni preliminari*, n. 1 e 2.

e siccome essa è prevalente sull' estintiva, così quando l' acquisitiva si è verificata pel decorso di dieci anni, anche l'estintiva è ridotta allo stesso termine.

121. La proprietà può essere piena e semipiena, e l' azione di revindicazione compete non solo al pieno proprietario, ma anche al nudo proprietario, al domino diretto, all' enfiteuta, al superficiario, all' usufruttuario ed all' usuario.

Per conseguenza la prescrizione, per avverarsi, deve riunire le stesse condizioni. Se non chè nelle relazioni tra il proprietario e l' usufruttuario od usuario e tra il proprietario dominante e quello serviente essendovi una regola speciale, di essa ragioneremo specialmente al proprio luogo.

122. Il dominio di più persone sulla stessa cosa diventa possibile, quando ognuna di esse ha un diritto limitato ad una parte ideale della cosa. Ciascuno dei condomini può *sempre* dimandar la divisione, ossia far accertare la sua quota per diventarne esclusivo proprietario. Onde l' azione di divisione, conosciuta sotto i nomi di *familiae erciscundae*, *comuni dividundo* non è soggetta a prescrizione (art. 684, 984).

Se il condomino viola il diritto dell' altro condomino, tentando di sostituire al condominio un diritto esclusivo di proprietà, o un diritto sulla cosa comune, l' azione di revindicazione o di petizione di eredità è pregiudiziale a quella di divisione.

Nel quale caso la condizione dell' azione di divisione dipende da quella di revindicazione e di petizione di eredità, le quali sono soggette a prescrizione.

123. L' usufrutto si estingue col non usarne per lo spazio di trent' anni, consolidandosi nella persona del proprietario (art. 515). E si può non usarne, o non cominciandone il possesso o pure cominciatolo, cessando di usarlo. Si fa quistione, se l' articolo 515 si riferisca al solo caso di un usufruttuario possessore della cosa sulla quale l' usufrutto è stato stabilito, o pure all' altro, che non ne avesse ancora domandato la consegna; quistione inutile, per-

chè la espressione dell' articolo 515 è così larga che comprende e l' una e l' altra ipotesi, e perchè, se non la comprendesse, vi sarebbero gli articoli 2105 e 2135; il che ci conduce alla stessa risultanza.

E qui è il luogo di notare la distinzione tra la prescrizione del diritto di usufrutto pel non uso, e la prescrizione dell' azione di revindicazione dell' usufrutto. La prescrizione estintiva dell' usufrutto pel non uso si opera anche quando la cosa non si trovi nel possesso o nel godimento di un terzo; perchè l' essenza di esso consistendo nel godimento della cosa, su cui l' usufrutto è costituito, quando si cessa di goderne per trent' anni, la proprietà è liberata dal peso, ed acquista la sua naturale libertà (1).

È il nudo proprietario, che ne trae il vantaggio, diventando pieno proprietario. La prescrizione è estintiva da un lato, ed estintiva del vincolo della cosa dall' altro, ossia *liberativa*.

124. L' usufruttuario può usarne da sè o per mezzo di altri, tanto più che può cederne a titolo gratuito od oneroso l' esercizio (art. 492). Era ciò detto espressamente nella legge 38, D. *De usufructu*, VII, 1. « *Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium gerit* ». Legge, che era inutile riprodurre, tostochè si sono specificati nel Codice i diritti dell' usufruttuario. E noi l' abbiam riportata per tener ragione dell' ultima parte di detta legge, nella quale si configura il caso, che l' usufruttuario venda l' usufrutto e che il compratore non lo eserciti.

Il non uso del compratore pregiudicherà l' usufruttuario venditore? No, risponde il giureconsulto Marciano: *Etiamsi emptor non utatur, videtur usumfructum retinere*; e la ragione è nella legge 39

(1) Il Castillo, *De usufructu*, cap. XVII, n. 4, ne esprime così la ragione: *Ratio praedictae resolutionis est, quod usufructus in* ACTU *consistit ejus, cui usufructus debetur, nec consistere potest, nisi sit aliquis qui utatur fruatur. Ideo per non usum usufructus amittitur, quia deficit actus hominis, in quo usufructus consistit.*

di Gaio: *Quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur, fruitur.*

E lo stesso Marciano, aggiunge nella legge 40: *Quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur.*

Non comprendiamo nella più parte dei casi l'utilità della decisione. Che l'usufruttuario venditore non possa patire alcun danno dal fatto del compratore, è evidente non perchè il prezzo che ha ricevuto e che non deve restituire, il faccia considerar tuttavia come possessore dell'usufrutto, ma perchè avendo trasferito l'esercizio del suo diritto al compratore, questi può fare del diritto trasmessogli l'uso che gli piace, anche perdendolo, col non usarne. Essendo il compratore successore dell'usufruttuario, egli e non il venditore ha il diritto di usufrutto della cosa altrui, e se non ne usa pel periodo di trent'anni, libera la cosa dal peso, e l'usufrutto si consolida colla proprietà. Può avvenire, che l'usufrutto fosse stato concesso a termine ed il concessionario non ne avesse goduto. Se decorrono trent'anni di non uso da parte del concedente e del concessionario, l'usufrutto si estingue consolidandosi colla proprietà.

125. Se il diritto di usufrutto è violato, l'usufruttuario ha l'azione revindicatoria contro il possessore la quale si estingue col decorso di trent'anni; anche quando il possessore non abbia acquistato l'usufrutto per prescrizione. In tal caso, pel non uso estinguendosi l'usufrutto, si consolida colla proprietà. Sicchè il nudo proprietario, diventato pieno proprietario può proporre l'azione di revindicazione dell'usufrutto contro il terzo possessore alla quale si deve far diritto, se il medesimo non abbia acquistato l'usufrutto mediante la prescrizione acquisitiva.

A maggior chiarimento si aggiunge che nelle relazioni tra l'usufruttuario e il nudo proprietario, il non uso da parte dell'usufruttuario o suo avente causa fa divenir proprietario pieno il nudo proprietario il cui fondo è perciò prosciolto dal vincolo dell'usufrutto. Se possessore di questo è un terzo, l'usufruttuario, che tuttavia

conserva il diritto di usufrutto, o il proprietario, se l'usufruttuario lo ha già perduto pel non uso, han diritto di proporre contro il terzo l'azione di revindicazione, che va giudicata, sotto l'aspetto della prescrizione, come ogni altra azione di revindicazione.

E quello che abbiam detto dell'usufrutto, bisogna applicarlo del tutto al diritto di uso.

Arrechiamo un esempio: Tizio usufruttuario dal 1 gennaio 1830 non ne usa sino alla fine del 1860. Caio si mette in possesso del fondo a 1 gennaio 1850. Tizio, col non uso, ha perduto il diritto di usufrutto a favore di Sempronio che era il nudo proprietario. Sempronio, diventato pieno proprietario, può istituire l'azione revindicatoria contro Caio fra trent'anni a computare dal giorno, che costui ha preso possesso del fondo.

126. Le servitù prediali costituite per fatto dell'uomo si estinguono, se non se ne usi per lo spazio di trent'anni. E siccome esse consistono nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario, il proprietario del fondo servente è liberato dal peso; il suo fondo, la *res* cessa di essere obbligata. La prescrizione dunque è estintiva del diritto attivo di servitù, ed estintiva dell'obbligazione della cosa, ossia liberativa dal peso (art. 531, 666, 2105, 2135) (1).

Prima d'inoltrarci più innanzi è da esaminare l'articolo 663, col quale si dispone, che le servitù cessate quando le cose si trovano in tale stato, che non se ne possa più far uso, risorgono, se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa nuovamente far uso, *salvo che sia già trascorso uno spazio di tempo bastante ad estinguere la servitù.*

Lo stato dei luoghi mutato in modo d'impedire l'uso della servitù, ha fatta venir meno la medesima; sembrò nullameno equo, elevandosi a principio quello che il diritto romano stabiliva per alcuni casi, che ritornate le cose ad uno stato da poterne usare, risorgesse a vivere la servitù. Ciò pertanto non poteva stabilirsi,

(1) *Nozioni preliminari,* n. 1 e 2.

senza estendere la libertà dei fondi, per un tempo indeterminato. Esempio ne sia, un acquedotto divenuto inutile, per essere essiccata la sorgente animatrice; non doveva imporsi al proprietario sopra il quale è la servitù di acquedotto, di vederla risorta dopo cento, duecento e più anni, che piacesse alla sorgente di ricomparire. Onde si è stabilito un termine, entro il quale, se lo stato dei luoghi non si muti in modo da render possibile il risorgimento della servitù, essa fosse definitivamente spenta e sepolta; e questo termine è quello di trent' anni, col decorso del quale si estinguono le servitù non esercitate. Non è dunque la prescrizione di trenta anni con tutte le sue regole d' impedimenti, di sospensioni e d' interruzioni, che si deve applicare al caso dell' articolo 663, nè vi si poteva, tostochè non era possibile il diritto di agire pel mutato stato delle cose. Il perchè questo articolo non intende a far prescrivere il diritto per la inerzia di chi godeva la servitù, ma ha voluto, per ragioni di equità da un lato, e per non offendere la libertà dei fondi dall' altro, stabilire un termine, entro il quale, se l' avvenimento succedesse, la servitù dovesse risorgere, prendendosi ad imprestito dalla prescrizione ordinaria la sola durata del tempo.

127. Il trentennio, se si tratta di servitù discontinua, comincia a decorrere dal giorno, in cui si è cessato di usarne, e se si tratta di una servitù continua, dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù (art. 667).

Così chi è nel godimento di una servitù di passaggio, incomincia a perderne il diritto dal giorno, nel quale cessa di passare, perchè la servitù di passaggio non consiste che nel fatto di colui che ha diritto di passare. E la Corte di cassazione di Napoli ritenne perciò la servitù estintiva anche della servitù necessaria di passaggio, trattandosi di liberarsi dalla servitù medesima. Il che, per altro, non impedisce a chi l' abbia ottenuta, di far uso del diritto di domandare il passaggio necessario se sia il caso preveduto dall' articolo 593. Chi ha il diritto d' impedire, che altri edifichi di

rincontro le sue finestre a una distanza minore di cento metri, incomincia a non usare del suo diritto di servitù quando si facciano sul fondo serviente edificazioni ad una distanza minore.

Nè si richiede, che l' atto contrario si faccia nel fondo serviente o nel fondo dominante, dal godente della servitù attiva o da chi la patisce o da un terzo. Purchè vi ha un atto da chiunque o dovunque fatto, che sia contrario all'esercizio della servitù, il corso della prescrizione comincia. Il che è cosa molto diversa dall' *usucapio libertatis* ammessa nel diritto romano per le sole servitù urbane, la quale consisteva in un fatto del proprietario del fondo serviente col quale rendendo impossibile l' esercizio della servitù, acquistava col medesimo la libertà del fondo. Oggi questa prescrizione acquisitiva è sconosciuta. Il fondo, gravato del peso della servitù, è liberato dal peso, dal vincolo che l' obbliga, dal che il proprietario del medesimo ne trae un vantaggio, ma non acquista l'identica cosa.

È sempre dunque una servitù estintiva dall'uno e dall'altro lato e non estintiva dall'uno ed acquisitiva dall'altro, come dicesi, della libertà del fondo.

128. L' articolo 619 dispone, che la servitù di presa d' acqua per mezzo di canali o di altra opera visibile e permanente a qualunque uso sia destinata, debba annoverarsi fra le servitù *continue ed apparenti*. Per togliere qualunque difficoltà intorno all' intelligenza della espressione *atto contrario alla servitù* necessario pel cominciamento del trentennio, l' articolo 669 stabilisce, che la sussistenza di vestigi di opere, colle quali si praticava una presa di acqua, non impedisce la prescrizione: per impedirla si richiedono la esistenza e la conservazione in istato di servizio dell'uffizio stesso della presa o del canale derivatore. Non è dunque necessario per la conservazione della servitù, che nel trentennio si sia derivata l' acqua, perchè essendo una servitù continua, sarebbe stato necessario un atto contrario alla servitù, non il solo fatto del non uso dell' acqua. Ed un atto contrario all' esercizio della presa d' acqua sarebbe stato distruggere o far distruggere, a disegno, o per ve-

tustà o per caso, l'opera visibile e permanente, in virtù della quale avesse potuto esercitarsi, riducendosi l'opera a semplice vestigio.

Il principio *signum retinet signatum* non ha alcun valore giuridico dopo la espressa disposizione degli articoli 666 e 667, i quali fan correre la prescrizione pel *non uso*, spiegando che per le servitù *continue* cominci dal giorno che siasi fatto un atto contrario alla servitù. Ed atto contrario alla servitù per esempio è il murare una finestra, pur rimanendo i vestigi dell'opera. L'architrave ed ogni altro segno rimastovi anche a disegno può significare la volontà di non perdere il diritto di riaprire la finestra sempre che aggrada; ma non basta per conservare la servitù la nuda manifestazione della intenzione con segni apparenti, ma è necessario usarla, ossia che il suo esercizio è o può esser continuo, senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo. Il *signum* può essere pruova di avervi esistita una servitù, pruova che in alcuni casi può essere utilissima; come se siasi murata una finestra e dopo ventinove anni s'intende riaprire; ma non può essere mezzo di conservazione della medesima, impediente la prescrizione.

La giurisprudenza ritiene come continue quelle servitù, le quali sebbene abbiano bisogno nel loro inizio del fatto dell'uomo, sono rivelate da certe opere esterne, che formano il mezzo del loro esercizio. Tali una presa d'acqua mediante una paratoria da alzarsi volta per volta; la servitù *fumi immittendi* esercitata mercè un fumaiuolo, la servitù di latrina o *cloacae mittendae*. Per queste servitù dette dal Cepolla *quasi continue* la prescrizione comincia a correre, quando si è fatto un atto contrario al loro esercizio.

129. L'articolo 667 suppone, che la servitù sia stata già esercitata e poi siasi cessato di usarla. Ma se è stata solo, consentito il diritto alla servitù, e niente siasi operato per recarla ad atto da qual tempo comincia il trentennio?

L'articolo 666, che precede il 667, è scritto in termini generali, i quali si possono applicare tanto al caso, che sia stato stabilito il diritto alla servitù senza che siasene mai usato, quanto all'altro che

siasene cominciato ad usarne e poscia l'uso siasi interrotto. E, quando anche si volesse non comprendere nell' articolo 666 il caso di non essersi attuato punto il diritto alla servitù, la prescrizione di essa e dell'azione che produce si attinge dagli articoli 2105 e 2135, con i quali è disposto, che ogni diritto che produce l' obbligazione della cosa o della persona colle conseguenti azioni reali e personali si estingue fra trent' anni dal dì in cui è nato il diritto e si neglige di esercitarlo. Il non uso di una servitù costituita e non attuata incomincia dal dì della sua costituzione, non essendo anteriormente possibile un atto contrario alla medesima. L'articolo 667, che riguarda le servitù già recate in atto, non deve dunque confondersi col precedente articolo 666, che si riferisce anche alle servitù consentite e non attuate.

Il che non si deve estendere alle servitù negative (1) le quali son continue dal momento che sonosi consentite, e per la estinzione delle quali il trentennio comincia dall'atto contrario alla servitù consentita. Mi avete concesso la servitù *altius non tollendi*, o il *jus non aedificandi*. Questa servitù è in uso dal primo momento della concessione e continua l' uso, finchè non si alzi la vostra casa, o non si cominci una costruzione. Tali atti son contrarii alla servitù e da questi atti comincia il tempo della prescrizione estintiva.

130. Sonovi delle servitù, le quali non si possono esercitare che ad intervalli. I casi sono moltiplici e di diversa natura, a regolare i quali rispetto al cominciamento del non uso è difficile dar norme generali. Bisogna cominciare dal giorno dell'ultimo uso, che si aveva diritto di fare e non si è fatto, o pure dal giorno dell' ultimo uso che si è fatto, sebbene non avessi avuto il diritto a proseguirlo, se anche avessi voluto? Si ricorre per risolvere il quesito al tempo maggiore o minore che deve intercedere tra un in-

(1) La distinzione delle servitù affermative e negative è negli articoli 631 e 632, ma non se ne dà la definizione. Secondo il diritto romano sono servitù affermative *quae in patiendo consistunt* e le negative *quae in non faciendo*. Se si fa, si contraddice al diritto, e comincia la prescrizione estintiva.

tervallo e l'altro, durante il quale non si può esercitare l'uso; il che costituisce una norma meramente empirica, non sapendosi nè potendosi determinare la misura del tempo che deve intercedere tra l'uno e l'altro intervallo. La legge ha stabilito il principio, che non corre la prescrizione quando il diritto non possa essere esercitato perchè sospeso da condizione o da termine, e questo principio devesi applicare nel caso di servitù ad intervalli la quale non si possa esercitare che sotto condizione di un avvenimento futuro, che può succedere e non succedere o che deve necessariamente succedere secondo le leggi naturali, o pure a termini periodici brevi o lunghi. Il termine della prescrizione comincia dall'ultimo momento, nel quale era nato il diritto di esercitar la servitù e non si è esercitata.

131. Le servitù, che la legge qualifica legali, sono da un lato facoltà concesse ad ogni proprietario per il buon governo della proprietà le quali potendosi esercitare sempre che sorge il bisogno non sono soggette a prescrizione, e sono dall'altro limitazioni di facoltà, o per un interesse pubblico o per un vantaggio reciproco dei proprietarii confinanti. La loro violazione può dar luogo ad azioni, le quali, rispetto alla prescrizione, son regolate dal diritto comune.

Tali sarebbero le limitazioni nascenti dalle distanze e dalle opere intermedie richieste in alcune costruzioni, scavamenti e piantagioni. Così si estingue l'azione per l'estirpazione degli alberi e delle siepi, che si piantassero o nascessero a distanze minori di quelle determinate dalla legge (art. 581). Il contravventore è liberato dall'obbligo di estirparli, ma non può surrogarli, senza commettere una novella contravvenzione (1). Se non si osservano le distanze nelle costruzioni e nei cavamenti, nasce l'azione per rimettere le cose all'antico stato, la quale si estingue in trent'anni

(1) Questa natura è stata ampiamente da noi trattata in un articolo intitolato, *Della distanza delle piantagioni*, inserito nella gazzetta *Diritto e giurisprudenza* dell'anno 1893.

acquistandosi il diritto a tenerle in vita, se non offendono la pubblica igiene o la pubblica sicurezza.

132. Come si prescrive la servitù col non uso, nella stessa guisa si prescrive il modo del suo esercizio (art. 668). La qual cosa significa, che si perda il diritto di esercitar la servitù nel modo come è stata costituita dalla convenzione o dal possesso, o in tutto o in parte.

L'articolo 670 stabilisce, che l'esercizio di una servitù in tempo diverso da quello determinato dalla convenzione o dal possesso non impedisce la prescrizione. È la riproduzione esatta di una legge romana (1). La servitù limitata nel tempo è una servitù di per sè diversa da quella che si esercita in altro tempo; per cui se si usa servitù in un tempo diverso da quello stabilito, si perde la servitù che non si è usata nel detto tempo. Ma si acquista l'altra, che si esercita in tempo diverso? La soluzione del quesito dipende dalla natura della servitù, se possa cioè acquistarsi per prescrizione. In tal guisa, se mi è stato, per modo di esempio, concesso di attingere acqua dal fonte nelle sole ore pomeridiane, e non già nelle antimeridiane, ed io ho esercitata la servitù attingendo l'acqua nelle sole ore antimeridiane, ho perduto per prescrizione la servitù di attingere l'acqua nelle ore antimeridiane, per non averla esercitata, e non ho acquistata quella di attingere l'acqua nelle ore pomeridiane, perchè la legge non riconosce l'acquisto per prescrizione delle servitù discontinue e non apparenti senza un titolo almeno putativo. Il che non accadeva sotto l'impero del Diritto romano, perchè tutte le servitù potendosi acquistar per prescrizione, se si perdeva l'una, si acquistava l'altra.

Il modo dell'esercizio della servitù può essere più ristretto di quello che è contenuto nel titolo, o più esteso. Se è più ristretto

---

(1) L. 10, § 1, D., *Quemadmodum servitut. amitt.: Si quis nocturnam aquam habet, interdiu per constitutum od omissionem tempus usus fuerit: amisit nocturnam servitutem qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquaeductum habens, aliis usus fuerit, nec ulla parte illarum horarum.*

di quello contenuto nel titolo si perde la maggior estensione del diritto non esercitata. Così se mi avete concesso di passare a piedi, a cavallo e con carri per una via di tre metri larga, ed io son passato a piedi ed a cavallo per una via di un metro e mezzo, ho perduto il diritto di passare con carri e per una via più estesa di un metro e mezzo. Se mi avete concesso il diritto di aprire quattro finestre ed io ne ho aperto una sola, ho perduto il diritto ad aprire le altre tre finestre. Se avete alzato un primo piano ed io non ve l'ho impedito, il mio diritto alla servitù *altius non tollendi* o non *aedificandi* è stato ristretto.

Se poi il modo di esercizio è stato più esteso di quello convenuto, si acquista il diritto alla maggiore estensione, se la servitù è della natura di quelle che si possono acquistare per prescrizione: altrimenti l'esercizio della maggiore estensione si deve ridurre a quello convenuto nel titolo.

Se la servitù è stata esercitata in un luogo diverso da quello convenuto nel titolo, si dovrebbe applicare lo stesso principio che la legge stabilisce per l'esercizio della servitù in tempo diverso da quello stabilito. Come il tempo, così il luogo possono essere condizioni integrali di una servitù, diversificando l'una dall'altra o per tempo o per luogo; sicchè l'esercizio di essa in tempo o in luogo diverso debbono essere governate dalle stesse norme. Così se mi avete concesso di aprire una finestra nel punto A, il 20 gennaio 1830, ed io ho aperta la finestra nel punto B, il 20 gennaio 1859, ho perduto per la prescrizione di non uso il diritto di aprire la finestra nel punto A, e debbo chiudere la finestra aperta nel punto B, perchè non è decorso il termine per la prescrizione acquisitiva.

Si avverte però, che se la servitù non è limitata nè nel tempo, nè nel luogo, il modo di esercizio, nelle servitù che si possono acquistare per prescrizione, l'accerta e lo determina coll'uso e nelle servitù che non si possono acquistare per prescrizione, l'uso giusta le circostanze può essere considerato come consenso reciproco sul

modo di esercizio, salvo le speciali controversie da decidersi secondo i casi dell' autorità giudiziaria.

133. E quistione molto controversa, se concesso il diritto di aprire finestre per quante ne voglio, e nel tempo che voglio, *nulla data temporis praescriptione,* ed io nel trentennio non ne ho aperta alcuna, o ne ho aperta alcuna, e non tutte, possa dopo il trentennio aprirne delle altre.

Se è vero, che le facoltà concesse da una convenzione producenti obbligazioni della persona e della cosa, si estinguono pel decorso di trent'anni, laddove non si usano, e se non si può anticipatamente rinunziare alla prescrizione, prolungandone il termine a piacimento di colui cui il diritto si concede, non può dubitarsi, che, chi ha avuta la concessione di aprire finestre quante ne vuole e nel tempo che vuole, non possa, decorso il trentennio, usare della concessione se non l' ha usata del tutto, e se l' ha usata in parte, cominciare ad usarla in modo più esteso (1).

La cosa è diversa, se il diritto ad aprire le finestre sia sospeso da condizione, o pure non possano esercitarsi che scaduto un certo termine. Finchè la condizione non si verifichi o pure non sia il termine scaduto, la prescrizione non può cominciare a correre (2). La Corte di cassazione di Torino ebbe a pronunziare (3) in una specie, nella quale il titolo conteneva queste espressioni: *nulla data temporis praescriptione; che a lui ed ai suoi sarebbe competuto in ogni futuro tempo il diritto di praticare nel muro corrispondente tutte quelle novità di aperture ed alzamenti che si fossero credute in proposito.* Essa decise per la non estinzione del diritto, tanto più che il vicino era soggetto alla servitù *non aedificandi* che ad una determinata distanza. Nella mente del disponente, l'una servitù era correlativa all'altra, intendendo rendere perpetua la servitù attiva e la servitù passiva. Ma per decidere la causa non bastava esaminare

(1) Cassazione di Napoli, 11 gennaio 1887, 22 aprile 1880.

(2) Capo I, n. 1, 2, 3.

(3) 8 marzo 1887.

quid actum, ma addentrarsi a conoscere se il *quid actum* fosse stato autorizzato dalla legge. La *servitù non aedificandi* non poteva estinguersi che coll' edificazione o con altro atto contrario alla servitù seguito da un trentennio, essendo essa continua. Ma la servitù di aperture concessa convenzionalmente non poteva concedersi a perpetuità, avendo la legge, per ragioni d' interesse sociale, disposto, che se non si esercita il diritto fra trent' anni dalla concessione o si esercita in parte, si estingue in tutto o in parte ed il fondo serviente è liberato dalla servitù non esercitata in tutto e soggetta a quella sola parte che è usata.

Non è condizione quel fatto che non è nè futuro nè incerto, nè termine quando consiste in un atto della propria volontà, se vorrò e quando vorrò. L' esercizio di tutti i diritti può dipendere dalla volontà dell' uomo, che può volere e disvolere, può volere piuttosto in un tempo che in un altro, e può volere riservarsi di volerlo quando che sia; ma tutto ciò non costituisce nè termine nè condizione.

134. Da ultimo notiamo che al proprietario del fondo dominante concedevasi dal Diritto romano un'azione detta *confessoria*; azione *in rem*, detta anche *vindicatoria*. Scopo dell'azione era di ottenere la dichiarazione dell'esistenza del diritto di servitù e le conseguenze che ne derivavano. Oggi quest' azione è compresa sotto quella di azione *revindicatoria* ed è estinta quando è estinto il diritto, che si mette in movimento. Essa è specialmente necessaria per la conservazione delle servitù continue ed è diretta a far annullare e distruggere gli atti contrarii alla medesima con i quali comincia il corso della prescrizione.

Nelle prescrizioni estintive ed acquisitive ad un tempo, la estinzione del diritto da una parte non si opera che nello stesso tempo nel quale il diritto si acquista dall'altra, e quando il tempo per l' acquisto è di dieci anni, anche quello dell' estinzione si riduce a un tal periodo. È una delle più controverse quistioni, se le servitù possano estinguersi col decorso di un decennio quando

vi concorra il giusto titolo, la trascrizione e la buona fede per lo acquisto dell'immobile del quale sono un peso. Noi dimostreremo, che la prescrizione estintiva delle servitù non può essere compagna di una prescrizione acquisitiva. Ma se piaccia avvisare il contrario, è necessità ritenere che quando ciò occorra, la prescrizione di trent'anni colla quale si estingue la servitù, deve ridursi a dieci, come sarà chiarito quando ragioneremo della prescrizione acquisitiva di dieci anni.

134. Fra i diritti reali sull'altrui immobile va anche annoverata l'ipoteca (art. 1964): ma è di natura speciale da non confondersi con l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e le servitù prediali. Avendo per oggetto di assicurare sull'immobile altrui il soddisfacimento di un'obbligazione, ne corre le sorti; per cui si estingue con il credito del quale è accessorio (art. 418, 2030). Se l'immobile è posseduto non dal debitore o dai suoi eredi, ma da un terzo, la estinzione del diritto d'ipoteca e la conseguente azione ipotecaria contro di lui si compie fra trent'anni a computare dal dì del suo possesso, ancorchè il credito sia tuttavia esistente. È questa una innovazione fatta al Codice francese, venutaci dal Codice Albertino. Giusta il Codice francese, la prescrizione riguardo ai beni posseduti dal terzo si acquista col periodo di tempo stabilito per prescrivere il dominio in suo favore, e nel caso in cui la prescrizione suppone un titolo, essa comincia a decorrere dal giorno, in cui il titolo predetto è stato trascritto nei registri del Conservatore (art. 2180, n. 4, Cod. franc.).

La Commissione legislativa di Napoli nelle osservazioni al progetto Miglietti espresse il voto, che si tornasse alla disposizione del Codice francese, colla quale non si agguagliava la condizione del possessore senza titolo e buona fede con l'avente titolo e buona fede, tanto più che sarebbesi mantenuta la certezza e la tranquillità dei dominii. Questo voto non fu esaudito. La Commissione guardava con occhio benigno il possessore di buona fede in danno

del creditore ipotecario senza por mente, che oggi non essendovi ipoteca perfetta se non iscritta, egli ha modo agevole di venirne in cognizione coll' ispezione dei registri del Conservatore. Il vero proprietario giustamente deve perdere il dominio dell' immobile, se altri con giusto titolo e buona fede per dieci anni continui lo possegga in vece sua, perchè non può non sapere che altri il possegga, essendo il possesso un fatto a lui personale. Non si può dire lo stesso del creditore ipotecario, il quale non dovendo nè potendo possedere l' immobile, non può conoscere agevolmente chi ne sia l'attuale possessore, nè gli si può imporre l' obbligo di andarlo ricercando. Si deve imporlo al vero proprietario che dovrebbe possedere e non possiede, e pertanto non agisce.

Il creditore deve rinnovare la iscrizione dopo trent' anni dalla data; nella quale occasione gli s'impone il dovere di esaminare, se il debitore sia vivo o morto, chi sieno i suoi eredi, e se il fondo ipotecato sia stato o pur no alienato, affinchè la rinnovazione riesca utile ai terzi (art. 2001, 2006, 1996). E ciò non basta. Se nel termine di trent'anni, dacchè il fondo è presso il terzo possessore, non agisce, la sua azione ipotecaria è prescritta. La trascrizione del titolo rende pubblico l'acquisto per presunzione di legge nel rispetto di chi ha interesse di saperne l' esistenza, quale è il vero proprietario; ma la presunzione sarebbe fallace se si estendesse anche al creditore ipotecario, che non ha il dovere di andar facendo ricerche delle trascrizioni possibili del fondo ipotecato, tanto più che l' obbligo della rinnovazione delle ipoteche è in ogni trentennio, mentre giusta il Codice francese era decennale. È inoltre più conforme ai principii il sistema italiano. Il diritto d' ipoteca si estingue, liberandosi dal peso il fondo ipotecato. Estinguendosi il diritto d'ipoteca, *non si acquista da altri;* il proprietario ne trae il vantaggio della libertà del suo fondo, che cessa di essere *res obligata.* La prescrizione è estintiva, non acquisitiva.

La *usucapio libertatis* non è più ammessa dal Codice francese

e dall' italiano, perchè la piena proprietà del fondo non è incompatibile nè colle servitù nè colle ipoteche. Essendo estintiva la prescrizione dell' ipoteca, il tempo per operarsi non poteva perciò ridursi a quello che la legge richiede per le acquisitive con giusto titolo e buona fede.

135. La facoltà di accettare l' eredità si prescrive col decorso di trent' anni (art. 943). Tale termine decorre dal dì dell' apertura della successione rispetto a tutti coloro, i quali son chiamati a succedere sino al decimo grado.

Non si può ammettere il principio, che cominci il termine della prescrizione per coloro che sono successibili in secondo ordine, quando la prescrizione è già decorsa a danno dei primi chiamati a succedere, perchè l'art. 943 è scritto in termini generali, e perchè il nuovo art. 951 concede a chiunque ha interesse verso l'eredità di costringere il successibile a dichiarare se accetti o rinunzi alla medesima. Sarebbe stato da condannarsi un sistema, nel quale si potesse accettare l'eredità dopo decorso il termine della prescrizione pel primo chiamato e così successivamente, dando il termine di un trentennio per ciascun grado sino a raggiungere il decimo, a computare dallo spirare di ciascun trentennio.

Ma è giusto ed è conveniente il sistema del Codice italiano?

L' acquisto della successione *ex lege* o *ex testamento* si opera *ipso jure*, anche nel possesso; se non che, niuno dovendo essere erede suo malgrado, si è dato a ciascuno dei chiamati il diritto di accettare o di rinunziare all' eredità. Il Codice francese (art. 789) dispone, che la facoltà di accettare o di rinunziare si prescriva collo scorrimento del tempo richiesto per la lunga prescrizione dei diritti sull' immobile. Gravissime sono le controversie che ha fatto nascere la compilazione di questo articolo e fra l'altro questa: Decorsi i trent'anni e niuno avendo accettata l'eredità e niuno avendola rifiutata, il chiamato in primo ordine sarà ritenuto accettante o rinunziante? e così successivamente. Se si ritiene come accettante,

egli può dire che decorsi i trent'anni la facoltà di accettare è prescritta. Se si ritiene come rinunziante, può dire per contrario che la facoltà di rinunziare è prescritta. Sarà insomma rinunziante od accettante insieme e verso i chiamati in grado ulteriori e verso i terzi chi nel trentennio dall'apertura della successione non ha nè accettato nè rinunziato. Ciò non è possibile; d'onde la diversità nell'interpetraziono della legge.

Il Codice italiano ha definito la quistione, seguendo i principii del Diritto romano nel rispetto *degli eredi sui*, che chiunque è chiamato a succedere, se fra trent'anni dall'apertura della successione non accetti la medesima, si reputa di averla rifiutata. E siccome il termine è comune a tutti i successibili, ne discende che se nel primo trentennio niuno dei successibili sino al decimo grado ha accettato, niuno potrebbe accettare per l'avvenire. L'eredità dovrebbe necessariamente esser giacente finchè lo Stato non se ne impossessi. Ciò par grave, ma è la conseguenza necessaria delle disposizioni degli art. 943, 950, 951 e 980. Se non che la prescrizione non si opera di diritto, ma deve essere opposta. — Onde decorso il primo trentennio dall'apertura della successione, il successibile che accetta tardivamente, può, se sia convenuto dall'anteriore in grado, opporgli la prescrizione della facoltà di accettare. Nè il curatore dell'eredità giacente potrebbe opporre la prescrizione della facoltà di accettare. Quando a lui si presenta chi ha accettato, egli deve rassegnargli il suo ufficio, al quale è stato nominato o perchè l'erede non era noto o perchè gli eredi testamentarii e legittimi avevan rinunziato.

L'erede o il coerede, ossia colui il quale chiamato a succedere nel termine di trent'anni dalla morte, ha accettato espressamente o tacitamente l'eredità, ha tutte le azioni che avea il defunto, rappresentando la sua persona e con lui immedesimandosi; per cui le prescrizioni cominciano o proseguono il loro corso come prima, salvo gl'impedimenti, le sospensioni e le interruzioni del

medesimo già ampiamente spiegate; e lo stesso accade per la parte di rappresentanza che il coerede ha nella successione. I coeredi essendo condomini dell' eredità, possono in ogni tempo domandarne la divisione, azione non soggetta a prescrizione salvo quanto si è detto nel numero 119.

Può accadere, che dell' eredità siasi impossessato chi non è chiamato a succedere, ma che tale si qualifichi, o pure che sia chiamato a succedere, ma vi è chi debba essergli preferito, o pure che non sia il solo chiamato a succedere, e ciò nullameno siasi impossessato di tutta la successione.

Il vero erede ha l' azione revindicatoria dell' eredità che dicesi petizione di eredità contro l' erede apparente (art. 439, 44, 933). Questa azione è prescritta, se chi la istituisce non ha accettata l' eredità nè tacitamente nè espressamente nel termine di trent' anni dall' apertura della successione purchè l'erede apparente opponga la prescrizione. Se l' abbia accettata nel termine, l' azione di petizione di eredità è regolata come ogni azione reale o personale secondo che la petizione si riferisca a beni immobili o mobili, dei quali è possessore l' apparente erede — La differenza tra la petizione di eredità e le azioni revindicatorie e personali consiste in questo, che l' azione di petizione di eredità, prosegue *omne jus hereditatis*, comprendendo in sè e commescolando ogni azione reale e personale secondo la natura dei beni che la formano, mentre le azioni reali e personali sono singolari e distinte per la forma e per l' oggetto.

Si distingue l' azione revindicatoria, quando da un lato vi è inazione e dall' altro vi è un possesso necessario per la prescrizione, mentre l' azione personale si estingue colla sola inazione per trent' anni. Così del pari la parte reale della petizione di eredità si prescrive come la revindicazione, la parte personale come l' azione personale.

Vi è chi assume, che l' eredità possa essere oggetto di acqui-

sto per prescrizione. Il che, se fosse ammesso, la prescrizione dell' azione di petizione riguardante immobili e mobili dovendo essere estintiva ed acquisitiva ad un tempo, non sarebbe possibile se il falso erede non avesse avuto il possesso legittimo dell' eredità per trent' anni.

Ma altri non ammettono l' acquisto dell' eredità per prescrizione, perchè essa *in jure consistit,* e secondo il Codice italiano i soli immobili ed i mobili per loro natura possono acquistarsi per prescrizione.

Secondo la quale opinione generalmente ammessa, la prescrizione della petizione dell' eredità come già si è detto, per la parte che è diretta a revindicare mobili corporali o immobili è regolata secondo la prescrizione delle azioni revindicatorie, e la parte costituente l' azione personale è governata dalle regole proprie della prescrizione delle azioni personali.

136. La successione dell'assente, del quale s' ignori l' esistenza, ha fatto stabilire regole speciali. Dopo sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l' assenza, si apre la successione dell' assente a vantaggio degli eredi testamentarii e legittimi che sono successibili *nel giorno nel quale risale l' ultima notizia della sua esistenza:* ma è una successione provvisionale, avuto riguardo all' incertezza della morte dell' assente il quale potrebbe esser vivo. Sicchè i successibili possono domandare solamente la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell' assente, se non sono decorsi cento anni dalla nascita dell' assente di cui non si abbia almeno da tre anni notizia. Nel quale caso possono domandare il possesso definitivo, il quale è anche concesso quando il possesso provvisorio è durato trent' anni, dacchè si è ottenuto.

Nell' art. 32 si dispone, che se alcuno provi di avere un diritto prevalente o eguale a colui, che è stato immesso nel possesso provvisorio, può escludere il possessore dal possesso già ottenuto o farvisi associare, tanto più quando non si fosse già ottenuto.

Il diritto di farsi immettere nel possesso provvisorio è una facoltà, il cui non uso non priva i successibili dal farne la domanda in qualunque tempo — Ma se ne usano coloro che non vi hanno diritto del tutto, o l'avessero in parte, l'art. 32 è appunto diretto a riconoscere contro di costoro il diritto degl' interessati o di sostituirsi ai medesimi nel possesso temporaneo o di farvisi associare.

Ma cotesto diritto è soggetto a prescrizione? da qual tempo incomincia, e qual' è la sua estensione?

È opinione comune, che cotesto diritto sia soggetto a prescrizione, ma si discorda intorno al tempo in cui essa incomincia, alcuni facendola risalire al giorno, in cui è nato il diritto di domandare il possesso provvisorio; altri a quello nel quale si è ottenuta la immissione nel possesso temporaneo, ed altri a quello che si è domandato il detto possesso provvisorio.

La prima opinione non può essere accolta, poichè il diritto a domandare il possesso provvisorio è una facoltà, la quale non si perde col semplice non uso; nasce il diritto di agire, quando altri ne usi violando il diritto altrui. Colui, il quale domandi di esser messo nel possesso temporaneo della successione, mentre o non è successibile, od è eguale in grado ad altri, viola in quel momento il diritto di costoro; e da quel momento sorge in questi l' azione. La sentenza, la quale accoglie la domanda del pretendente, che o non ha un diritto esclusivo o non lo ha neanche in parte, risale nei suoi effetti al tempo della domanda. Ed è perciò che noi crediamo di essere accettabile l' opinione, che la prescrizione dell' azione di colui che domanda di escludere dal possesso provvisorio colui che vi è stato immesso, o di associarvisi, incominci dal giorno nel quale il possessore lo abbia domandato, e non da quello nel quale lo abbia ottenuto.

Ma il godimento provvisorio della successione non priva gli aventi diritti che hanno omesso di domandarlo di chiedere la im-

missione nel possesso definitivo, quando ne concorrano le legali condizioni, escludendo dal medesimo coloro che hanno avuto il possesso temporaneo, o pure associandovisi. L' art. 36 non concede il diritto alla immissione definitiva solamente a coloro che vi sono stati immessi provvisionalmente; ma parlando in termini general viene a concederlo a tutti coloro che sono successibili nel tempo a cui risale l' ultima notizia della esistenza dell' assente. Nè si potea fare alcuna disposizione speciale. Può niuno averla domandata; può non ancora esser prescritta l' azione diretta a far escludere quelli che indebitamente vi sono stati immessi, o ad associarvisi, a computare dal giorno della domanda d' immissione in possesso provvisorio. D' altronde il possesso provvisorio non può estendere il suo effetto oltre i limiti nei quali è stato posto dalla legge.

Deriva da ciò, che coloro i quali sono successibili nel giorno in cui risalgono le ultime notizie dell' assente e che abbiano perduto per prescrizione il diritto di escludere dal possesso provvisorio coloro che indebitamente lo hanno ottenuto o di associarvisi, altro danno non ricevono, se non quello di dover rispettare tutti gli effetti del possesso provvisorio sino al giorno, nel quale si sieno fatti a domandare il possesso definitivo.

137. L' art. 40 stabilisce, che i figli e discendenti dell' assente possono, entro i trent' anni dal giorno della immissione nel possesso definitivo far valere i diritti che loro competono sui beni dell' assente, senza esser tenuti a provarne la morte.

Si è domandato, se il termine dei trent' anni sia una decadenza da un diritto o pure una prescrizione per decidere la quistione, se debbano al caso applicarsi le norme della interruzione e della sospensione della prescrizione.

Generalmente si ritiene, che trattisi di prescrizione e non di decadenza di diritto, perchè il diritto dei figli a succedere essendo prevalente a tutti gli altri eredi, hanno, giusta la legge comune, il diritto di revindicare la successione paterna anche da coloro che

la posseggono per un titolo legale, quale è la sentenza d' immissione in possesso definitivo, salvo la ordinaria prescrizione di trent' anni.

L' art. 40 non ha potuto far peggiore la condizione dei figli e discendenti dell' assente.

E tanto più quando si consideri, che i figli e discendenti sono stati considerati dall'art. 40 come se l'assente stesso si presentasse; sicchè il possesso definitivo avesse a considerarsi rispetto ad essi come rivocabile nella stessa guisa che tale è reputato rispetto all' assente.

138. L'art. 41 dispone, che, se dopo il possesso definitivo viene provato il tempo della morte dell'assente, coloro che a quel tempo sarebbero stati di lui eredi o legatarii od avessero acquistato un diritto in conseguenza della morte od i loro successori, possono proporre le loro azioni competenti, *salvi ai possessori* i diritti acquistati colla prescrizione e gli effetti della buona fede rispetto ai frutti percepiti.

Si è domandato se la prescrizione che può opporsi dal possessore definitivo sia la estintiva-acquisitiva o la sola estintiva e da qual tempo cominci a decorrere.

La risoluzione della prima quistione dipende dal modo come si scioglie la quistione di ordine generale, se la eredità si acquisti per prescrizione. Imperocchè se così fosse, la prescrizione dell' articolo 41 essendo relativa all'azione di petizione di eredità, dovrebbe essere intesa per la prescrizione estintiva-acquisitiva. Ma se si opinasse in contrario, la prescrizione alla quale si riferisce l' art. 41, non potrebbe essere che la estintiva, niente annunciando che si abbia voluto fare eccezione al diritto comune (1).

Il cominciamento della prescrizione è dalla morte dell'assente, perchè da quel tempo nasce il diritto ad agire. Rade volte questo

(1) Consulta n. 185.

diritto di agire può essere esercitato, perchè il giorno preciso della morte dell' assente ha potuto venire a cognizione degl' interessati quando il loro diritto di agire era già spento, computato dal dì della morte. Sicchè si vorrebbe da alcuni applicare la massima: *Contra non valentem*, per far cominciare la prescrizione dal dì in cui la morte è giunta a notizia dell' interessato. La quale opinione non può essere accettata per le ragioni espresse nel Capo secondo, nel quale lungamente si è svolto il significato della massima, e la sua inapplicabilità alle ragioni subbiettive che possono impedire l' esercizio del diritto di agire e che nullameno non impediscono o sospendono il corso della perenzione.

139. Si domanda da ultimo, quale sia la condizione del possessore definitivo della successione rispetto a colui, che abbia un diritto prevalente o eguale nel momento, nel quale risale l' ultima notizia della sua esistenza, giusta l'art. 26.

Può accadere, che niuno degli aventi diritto sia stato immesso nel possesso provvisorio della successione, e che il possessore definitivo lo abbia ottenuto sol perchè eran decorsi cento anni dalla nascita dell'assente senza che se ne avessero avuto notizie da più di tre anni.

E può avvenire, che il possessore definitivo sia stato immesso precedentemente nel possesso provvisorio.

Nel primo caso il diritto di agire dell' avente diritto contro l' immesso nel possesso definitivo è nato quando costui lo ha domandato; per cui da tal giorno comincia a correre la prescrizione contro di lui.

Nel secondo caso, se non è decorso il trentennio dal dì nel quale il possessore avesse domandato l' immissione nel possesso provvisorio, poi dichiarato definitivo, questi non può opporre una prescrizione della quale non è decorso il termine, a computare dal giorno dal quale si avrebbe avuto il diritto di agire.

Nasce il dubbio, quando il corso della prescrizione sia com-

piuto a cominciare dal giorno, nel quale è stata domandata la immissione nel possesso provvisorio e non lo sia se il computo principii dal giorno della domanda della immissione nel possesso definitivo.

Coerenti a nostri principii, riteniamo, che la prescrizione debba cominciare a correre dal giorno della domanda dell'immissione definitiva, senza tenersi alcuna ragione del tempo precedentemente decorso, come non se ne sarebbe tenuta ragione, se l'interessato si fosse presentato a domandare contemporaneamente al possessore provvisorio l'immissione nel possesso definitivo. Imperocchè, essendo l'un diritto diverso dall'altro, l'uno provvisionale, l'altro definitivo, la prescrizione cominciata o corsa per l'una azione, non si può estendere all'azione diretta ad uno scopo diverso, nè si possono congiungere i due tempi, non essendo l'una azione continuazione dell'altra precedentemente istituita e definitivamente consumata colla sentenza d'immissione provvisoria.

140. Rispetto ai diritti eventuali, che possono competere all'assente, la legge stabilisce, che niun diritto si possa reclamare a suo nome, ignorandosene l'esistenza. Egli è considerato come se fosse morto. L'art. 44 stabilisce, che i suoi diritti non rimangano pregiudicati, se posteriormente si facesse costare la sua esistenza, purchè non fossero prescritti. È una disposizione, la quale se non fosse stata scritta, gli sarebbe stata applicata per le regole del diritto comune, ed è stata scritta nel fine di non fare per lui e per i suoi aventi causa alcuna eccezione favorevole. Essendo assente, avrebbesi potuto ricorrere alla nota massima: *Contra non valentem*, specialmente mettendo in mezzo condizioni straordinarie di fatto, che hanno accompagnata l'assenza, per giungere alla sospensione del corso della prescrizione. L'art. 44 preclude a lui ed ai suoi aventi causa ogni via applicando loro il diritto comune. Abbiamo voluto ciò notare, per confortare di un altro argomento il bisogno di una più corretta armonia nelle disposizioni relative alla

sospensione della prescrizione nell' interesse dei minori e degli assenti (1).

141. Assoluta la trattazione della prescrizione delle azioni reali, passiamo a quella delle azioni personali, intorno alle quali non molto ci occorre notare, poichè le principali quistioni derivano dalla determinazione del tempo, dal quale deve cominciare il corso della prescrizione; di che ci siamo occupati nel Capo secondo.

Solo diciamo, che tutte le azioni personali, da qualunque fonte derivino, dalla legge, dal contratto, dal quasi contratto, dal delitto o dal quasi delitto, sono soggette alla prescrizione di trent' anni, salvo le eccezioni, delle quali diremo brevemente.

142. Il matrimonio, che è considerato come un' alta istituzione sociale, è non pertanto un contratto che, oltre la necessità delle condizioni essenziali di ogni contratto, ha le sue regole speciali, fra le quali vi è un titolo apposito relativo alle domande per nullità di matrimonio. Queste domande di nullità nella più parte debbono proporsi entro brevi termini; sicchè vanno allogati i termini fra le decadenze di diritto e non fra le prescrizioni. Ma vi sono alcune domande per l' esercizio delle quali non sono stabiliti termini, e sorge quistione se sieno soggette a prescrizione.

L' art. 104 riconosce l' azione di nullità di matrimonio per effetto di impedimenti assoluti e di ordine pubblico (art. 58, 59. 60, 62) concedendola agli sposi, agli ascendenti prossimi, al pubblico ministero, *ed a tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale.*

Par chiaro, che questa azione non sia soggetta a prescrizione. Può sorgere il dubbio per coloro, ai quali si concede la facoltà di impugnazione, *in quanto vi abbiano un interesse legittimo ed attuale.* Trascorsi trent' anni dal giorno che sia nato l' interesse e che tut-

(1) Consulta n. 56.

tavia sussiste, l' azione può dirsi prescritta? L' azione è concessa unicamente per tutelare un interesse privato; la tutela dell' interesse pubblico è affidata ai parenti ed al pubblico ministero. Non vi è ragione di esentare dalla prescrizione chi ha trascurato per lo spazio di trent' anni di far valere il suo diritto fondato sopra un interesse privato.

143. L' art. 105 dà la potestà d' impugnare il matrimonio a quello degli sposi, del quale non sia stato libero il consenso, od il quale sia stato indotto in errore sulla persona dell'altro.

Questa azione di nullità può essere rinunziata dallo sposo; la quale rinunzia si presume se vi è stata coabitazione continuata di un mese dopo che lo sposo ha riacquistato la sua piena libertà o conosciuto l'errore (art. 106).

Se ciò non accade, l' azione di nullità si prescrive fra cinque anni dal dì in cui lo sposo ha conosciuto l'errore o riacquistato la sua piena libertà.

Il Pugliese (1) opina, che la prescrizione debba essere l' ordinaria, ossia quella di trent' anni, di che non si saprebbe veder la ragione. Se la prescrizione dell' art. 1300 è fondata sulla presunzione di rinunzia derivante dal trascorrimento inutile di cinque anni dalla scoverta dell' errore o dalla cessazione della violenza, e se la nullità dell' art. 105 è tutta nell' interesse degli sposi e può essere rinunziata espressamente o tacitamente, si è nei precisi termini dell' art. 1300. È vero, che il matrimonio, radice delle famiglie, è un' istituzione sociale di natura speciale, ma non cessa di essere un contratto, le cui nullità, è stato pensiero della legge, di restringere in brevi termini appunto perchè il matrimonio, avuto riguardo alla sua importanza, non doveva esser tenuto in uno stato d'incertezza. Il che ci presta una ragione di più per applicare l'articolo 1300.

144. L' art. 107 stabilisce, che l' impotenza manifesta e per-

(1) Vol. 2, n. 254.

petua, quando sia anteriore al matrimonio, può essere proposta come causa di nullità dall'altro coniuge.

È soggetta quest'azione alla prescrizione?

La legge non la dichiara imprescrittibile; dunque deve esser soggetta alla prescrizione.

L'impotenza di uno dei coniugi è considerata come un fatto lesivo dei diritti dell'altro coniuge, quando precede la celebrazione del matrimonio. Non è un diritto sostanziale e di ordine pubblico la soddisfazione del senso e la procreazione dei figliuoli, cui gli sposi non possano rinunziare, contenti del loro stato; come lo sarebbero stati, e lo *dovrebbero essere necessariamente*, se la impotenza si fosse verificata immediatamente dopo la celebrazione del matrimonio. Non vi è in mezzo alcuno interesse pubblico da tutelare; anzi questo richiede, che i tribunali non risuonino di cause scandalose, e che sieno coverte da un denso velo, che nasconda agli estranei le intime relazioni fra coniugi.

Il Ghironi (1) propugna la negativa; ma la prescrittibilità è ammessa dalle Corti di appello di Torino, 17 dicembre 1884, e di Venezia, 7 settembre 1883, dal Bianchi e dal Pugliese (2).

145. Conseguenza del matrimonio è la filiazione legittima.

L'azione del marito diretta a negare la paternità del figlio è caso di decadenza non di prescrizione.

L'azione del figlio diretta a reclamare lo stato legittimo è imprescrittibile (art. 177). Si trasmette agli eredi nel caso che sia morto in età minore o nei cinque anni dopo la sua maggiore età.

Ma questa azione spettante agli eredi o discendenti del figlio è soggetta a prescrizione?

Non vi è ragione di non soggettarla alla prescrizione di trent'anni. La imprescrittibilità è stata dichiarata nel solo riguardo del figlio.

---

(1) *Quistioni di diritto civile,* V, I, II, III.

(2) Bianchi, II, 79 e Pugliese, Vol. 2°, n. 256.

La legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l' annullamento del matrimonio può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse (art. 169).

Non essendosi fatta eccezione alla prescrizione di detta azione, le si deve applicare quella di trent' anni.

146. L' azione che ha il debitore di rientrare nel godimento dell' immobile che ha concesso in anticresi, soddisfacendo il debito, e l' altra che ha il creditore di domandarne il pagamento, non si prescrivono per qualunque durata di tempo.

Non si prescrive la prima, perchè se il debitore non soddisfa il debito, non può entrare nel possesso dell' immobile, che in suo nome possiede il creditore anticretico, nè questi può acquistarne la proprietà, finchè dura lo stesso stato di cose, perchè è un possessore precario (1).

Non si prescrive la seconda, perchè il possesso da lui tenuto dell' immobile è un continuo riconoscimento del suo diritto di credito, nel quale o negl' interessi che produce deve imputare i frutti che raccoglie (2).

---

(1) *Pignori rem accepta usu non capimus, quia pro alieno possidemus.* L. 18, D. *de usurp.*

(2) L. 10 e 13, D. *de pign. act.* Corte di cassazione di Napoli del 15 giugno 1871. Consulta il n. 50.

Il Vinnio pone nel Capo VI del libro 2 delle sue quistioni scelte la seguente: *An juri offerenti debiti, tuendique pignoris praescribatur longissimo tempore, seu triginta aut quadraginta annorum.* E la risolve per la negativa. Non potendo il debitore più offrire la somma dovuta, non può più riaver la cosa pignorata la quale diventa proprietà del creditore non per prescrizione acquisita, ma per l'estintiva. Il Voet, lib. 13, t. 7, § 7, ha vittoriosamente combattuta tale dottrina. Il Codice austriaco ne fa una disposizione espressa nel § 1483, il quale finisce con un'aggiunta singolare: In quanto però il credito ecceda il valore del pegno, può fra questo tempo estinguersi colla prescrizione. Secondo il Mattei, ciò significa, che il creditore, vendendo il pegno, può indennizzarsi sino all'importo che può ricavare dal pegno, senza poter esigere il di più dal debitore e se dal pegno si ricava di più, si deve restituire al debitore. A compimento della materia consulta il numero 50 ed il Capo VII della *Prescrizione acquisitiva.*

Deve applicarsi al pegno quello che abbiamo detto dell' anticresi.

147. Ogni mandatario deve rendere conto al mandante del suo operato e corrispondergli tutto quello che ha ricevuto in forza del mandato quantunque ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante (art. 1747).

L' azione a dimandare il conto comincia a prescriversi dal dì che il mandato sia estinto (art. 1757). Essa dura trent' anni, e la prescrizione si applica in tutti i casi, nei quali taluno è tenuto a render conto, salvo che non vi sia una speciale disposizione che ne abbrevii i termini, come accadde in quella dell' azione diretta e contraria di tutela.

Non vi è alcuna disposizione speciale intorno alla prescrizione dell' azione di rendiconto dei tesorieri, dei ricevitori, dei cassieri incaricati di riscuotere, di pagare e di maneggiare danaro pubblico o di tenere in custodia valori e materie di proprietà dello Stato. Essa è dunque regolata dal diritto comune, cioè comincia a decorrere dal dì che nasce l' azione, è soggetta a tutte le cause impedienti, sospensive ed interruttive; ed è giudicata dalla Corte dei conti. La presentazione del conto costituisce l' agente dell' amministrazione in giudizio (art. 33 e seguenti della legge dei 14 agosto 1862).

Neanche vi è disposizione speciale per la prescrizione della reddizione e discussione dei conti dei tesorieri delle amministrazioni comunali e provinciali e delle istituzioni pubbliche di beneficenza: è dunque da applicarsi per la prescrizione il diritto comune, sebbene l'obbligo di rendere il conto e di discuterlo sia regolato da leggi speciali (art. 257), dalla legge comunale e provinciale (testo unico) 10 febbraio 1889 (art. 64 e seguenti), dal regolamento del 10 giugno 1889 (21 e seg.) e dalla legge del 17 luglio 1890.

Il modo com' è ordinata la materia, rende se non impossibile, almeno assai difficile che possa sorgere quistione di prescrizione. Se non che due volte si è presentata la controversia, la prima

volta il 14 agosto 1852 (1) innanzi la Corte suprema di giustizia di Napoli e la seconda innanzi la Corte di cassazione del 20 aprile 1880 per azione di rendiconto contro contabili dello Stato, dei quali la gestione era terminata anteriormente al 1830 e fu, entrambe le volte, deciso che la prescrizione corresse dal dì che si fosse reso il conto giusta le leggi napolitane.

148. L'azione diretta ad ottenere la dichiarazione, che sotto le parvenze di un contratto di compra-vendita si nasconda un mutuo o un anticresi accompagnato da patto commissorio, giusta l'art. 1894, si prescrive col decorso di trent'anni (2).

Questa azione non si deve confondere coll'altra, colla quale si domandi la esecuzione o lo scioglimento di un contratto, del quale si contesta la interpetrazione e la definizione — Questa compete quando non si è voluto covrire un contratto sotto le forme di altro contratto, ma di avere voluto stipulare il vero; se non che le espressioni ne sono state incerte e la definizione sbagliata. Sorgendo quistione sulla sua definizione, la prescrizione dell'azione è regolata secondo la natura dell'azione che vi si ravvisa. Compete la seconda quando le parti per far frode alla legge o per altro fine che può essere anche innocuo, hanno celato il contratto vero sotto le forme di un altro contratto o pure hanno detto di fare un contratto che realmente non hanno inteso fare.

L'azione diretta a dimostrare la simulazione di questo contratto si estingue col decorso di trent'anni ed è quella della quale qui ci siamo occupati (3).

149. Le annualità delle rendite perpetue e vitalizie si prescrivono col decorso di cinque anni (art. 2144); ed il diritto di rendita si prescrive col non uso pel decorso di trent'anni, consistendo

---

(1) Albisinni, vol, 10.

(2) Cassaz. di Napoli, 15 luglio 1879; Cassaz. di Roma, 11 marzo 1878.

(3) Mirabelli, *Diritto dei terzi*, vol. I, p. 618; Cassazione Napoli, 3 maggio 1877.

l' uso nell' esazione dell' annua prestazione. Nel corso di un trentennio sogliono avvenire mutazioni nelle persone del creditore e del debitore per morte o per altra causa, ed in quelle dei possessori del fondo, sù cui la rendita fu costituita od assicurata. D'altronde le ricevute del pagamento dell'annua prestazione sono presso il debitore; sicchè il creditore per lo più non ha la prova della interruzione della prescrizione mediante la esazione di un'annualità. L' esame per testimoni non è ammesso, che quando il capitale non eccede le lire 500, perchè il capitale s' intende conservare colla prova dell' esazione della rendita.

Per queste due ragioni l'articolo 2136 dispone, che il debitore di una rendita o di una prestazione annua qualunque, la quale debba durare per più di trent' anni, deve a richiesta del creditore somministrargli a proprie spese un documento nuovo dopo vent' otto anni dalla data dell' ultimo documento.

Adunque il debitore non può negarsi a somministrare il documento nuovo, se il creditore glielo richiede, sotto il pretesto di non esservi pericolo di prescrizione, risultando la prova dell' interruzione da documento scritto. Imperocchè il documento nuovo non è richiesto unicamente per interrompere la prescrizione, ma per averne, dopo sì lungo spazio decorso dall' antico documento uno nuovo che lo ringiovanisca, il quale contenga la enunciazione di tutte le variazioni nelle cose e nelle persone per qualunque causa intervenute; con che si rende più sicuro e spedito l' esercizio del diritto del creditore.

Si deve avvertire quello, che per altro risulta chiaramente come l' articolo è compilato, che il documento nuovo è imposto nel favore del creditore; nè può risolversi nel suo danno se non abbia creduto domandarlo. Può rivolgersi in suo danno, se procedendo coll' antico titolo, il debitore gli opponga la prescrizione, ed egli non abbia modo di opporgli la interruzione della medesima (1).

---

(1) Occorre avvertire, che i titoli, i documenti non si prescrivono, ma le azioni che essi dimostrano. Tale imperfezione di linguaggio, *prescrizione del titolo*, ossia della scrittura, del giudicato e simili, è fonte di non pochi errori.

Può avvenire che il debitore della rendita non sia più possessore del fondo sul quale è costituita od assicurata. Il documento nuovo non è valevole ad interrompere la prescrizione dell' azione ipotecaria contro il terzo possessore, la quale si compie col decorso di trent' anni ancorchè sia vivo il credito (1). Il creditore che vuol tutelare il suo interesse, conservando integra l' azione ipotecaria, deve interromperla col modo speciale che gli somministra l' articolo 2126.

150. L' art. 2263 del Codice francese dice « *rendita* »; l' articolo nostro 2136 dice « *rendita* o *prestazione annua qualunque* » per togliere la difficoltà insorta sull' estensione della parola *rendita*. Il documento nuovo si può dunque richiedere dal creditore di rendita perpetua o vitalizia, che abbiano un capitale determinato o indeterminato, e che derivino da atto tra vivi a titolo oneroso o gratuito, o da testamento.

Intanto il Ricci scrive « che la prestazione annua di cui si parla nell' articolo, deve rappresentare la rendita di un capitale irrepetibile sia questo costituito da stabili o da una determinata somma di danaro: imperocchè se ciò che si deve annualmente o a diversi periodi di tempo, non è il corrispettivo di un capitale dovuto, in tal caso ciascuna prestazione costituisce un debito per sè stante ed indipendente dall' altra prestazione. Si ha un esempio di queste prestazioni nel legato di una determinata somma da pagarsi in ciascun anno o in ciascun periodo di più anni, essendo che, tanti sono i legati, quante sono le somme che in ciascun anno o in ciascun periodo di anni si debbono pagare; onde che nell' ipotesi, anzichè di rendita proveniente da un capitale, trattasi invece di crediti distinti esigibili a diverse scadenze. Ai debiti pertanto pagabili a periodi determinati non può applicarsi la disposizione dell' articolo 2136, la quale essendo eccezionale, siccome quella che impone un onere al debitore, non può estendersi al di là dei casi tassativamente stabiliti dalla legge ». Ed avvalora la sua dot-

(1) Per le rendite enfiteutiche v' è una disposizione speciale (art. 1563).

trina con una sentenza della Corte di cassazione di Napoli del dì 11 aprile 1874.

Secondo dunque il Ricci, non è soggetto a prescrizione il diritto a riscuotere un' annua rendita vitalizia o un' annua rendita perpetua, la quale non sia a titolo oneroso, giusta gli articoli 1778 e 1783, escludendone quelle derivanti da testamento che non abbiano un capitale, sebbene fossero state dichiarate redimibili dall' articolo 1788.

Cotesta dottrina di parte dell' antichissima scuola, che la scuola moderna rigetta, c' impone il dovere di discorrerne largamente.

La legge 4 di Paolo (1) dice: *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus (cujus sententia vera est) plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale videri hanc inesse conditionem, si vivat, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.*

Lo scopo principale di Paolo in questa legge appare quello di determinare, se avesse da considerarsi come perpetua o come vitalizia la rendita ad alcuno legata *in ciascun anno,* e decide che dovesse reputarsi *vitalizia.* Non uno ma più sono i legati, pure nel primo anno, condizionati nei successivi, sembrando inerirvi la condizione, *si vivat.* Son legati distinti e separati, che non hanno alcuna relazione di dipendenza da un diritto o capitale comune, come si legge in altre leggi del digesto. Conformemente a cotesto principio il n. 6 della legge 7 del Codice (2) dice: *In his enim promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quae datione per singulos annos vel menses aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum* NON AB EXORDIO TALIS OBLIGATIONIS, SED AB INITIO CUJUSQUE ANNI *vel mensis vel alterius singularis temporis computari* MANIFESTUM EST.

Il Consigliere dell' imperatore Federigo Barbarossa, l' antico glossatore Martino così ragionava: La rendita non è stata legata *come accessorio di un capitale:* essa forma tante obbligazioni quante

(1) *De annuis legatis*, D., 33, 1.

(2) Lib. 6, tit. 29.

annate vi sono, e ciascuna è prescrittibile. Ma quando anche nulla si fosse esatto per trent' anni, non per questo il diritto non esisterebbe, dappoichè esso non nasce che alla scadenza di ciascun anno e non può prescriversi prima che sia nato. E questa opinione accettò il Cujacio.

Ma il rivale di Martino, il glossatore Bulgaro opinava, che dopo trent' anni tutto era prescritto a guisa delle annualità di un capitale, e che non sono più dovute per l' avvenire dopo scorso il tempo determinato per la prescrizione del capitale (1).

La scuola e la curia erano divise intorno a tale quistione:

Attesta l' Ubero sulla fede di Gailio e di Misingero, che nella Camera imperiale fu ammesso essere tante le prescrizioni quanti gli anni, sì per contratto che per testamento, sebbene altri, come il Covarruvia, opinassero esser vera la contraria opinione. Egli scrive non errare chi stimi doversi distinguere tra la promessa di un' annua prestazione e tra le pensioni annue, le cose tuttavia esistendo. Siccome la promessa si riferisce al tempo in cui è stata fatta, se non è esercitata fra trent' anni, è giustamente prescritta. Ma se esiste la cosa da cui devesi la pensione, non si deve guardare al tempo del contratto ma a quello che in ciascun anno si deve (2). Il Voet, nell' esposizione dei legati annui, sotto il loro titolo, segue l' opinione di Martino sforzandosi di dimostrare, che l' annuo legato è una cosa a sè, non accessione di un diritto.

In Francia *fu quasi* opinione comune quella di Bulgaro. L' assicura il d' Argentrè, il quale dopo aver riferita la discussione dei due dottori italiani e la lista dei rispettivi seguaci conchiude: *Generali observatione regni Franciae, una pro omnibus annorum praestationibus praescriptio sufficit, et eo jure utimur* (3).

Nel regno di Napoli mancò la occasione della quistione, non

(1) L. 36, Cod., *de usuris*.

(2) Ubero, *Commento* al libro 38, D., t. I. In nota egli riporta le discordanti opinioni dei giureconsulti di Lipsia, e la sentenza dell' Elettorato di Sassonia correre la prescrizione dal dì del contratto.

(3) Sulla Brettagna, art. 276, Merlin, Repert. *Prescrizione*.

essendovi prescrizione a vantaggio del debitore della rendita vitalizia *ob conscientiam debiti.*

Secondo il Codice italiano cotesta quistione non può rinnovarsi.

Nel capo 11, *Del diritto di accessione su ciò che è prodotto dalla cosa*, si stabilisce, fra l'altro, che i *frutti civili* appartengono ai proprietarii della cosa che li produce, e poscia si definiscono per frutti civili quelli che si ottengono per occasione dalla cosa, *come i proventi dei vitalizii e di ogni altra rendita* (art. 444) (1).

Dunque le annualità vitalizie, secondo il Codice, han sempre un capitale del quale sono accessioni, ossia sono il frutto di un credito, e di unica obbligazione derivante da qualunque titolo. Ed è questo il principio che regola le svariate disposizioni, che alla rendita vitalizia si riferiscono.

Dice l'articolo 482: l'usufrutto di una rendita vitalizia attribuisce all'usufruttuario il diritto di riscuotere le pensioni che si maturano giorno per giorno, e non restituisce che ciò che ha anticipatamente riscosso.

Se le annualità vitalizie costituissero, ciascuna di esse, un capitale per ciascun periodo, anno, mese, giorno, distinto ed indipendente dalle annualità dovute in ciascuno dei periodi successivi, e non fossero tutte accessioni di un unico diritto producente unica obbligazione, l'usufruttuario dovrebbe, a fine di conservarne la sostanza, impiegare ciascuna annualità, per goderne gl'interessi, che soli potrebbe far suoi. Ma l'articolo 482 dispone altrimenti, perchè le considera come frutti di un capitale e non come capitale. Egli non restituisce che il diritto, facendo sue le annualità.

L'articolo 1233 dispone, che le annualità scadute come i fitti, le pigioni ed i frutti maturati delle rendite perpetue e vitalizie producono interessi dal giorno della domanda giudiziale o della

---

(1) *Licet fructus civiles proprie non dicantur fructus rei, sed potius obventiones, quia non ex ipso corpore, sed alia ex causa proveniunt, tamen generaliter veniunt appellatione fructuum simpliciter, et fructibus naturalibus aequiparantur.* Dumolin, *Consuetudine di Parigi*, tit. I, glos. I, n. 50.

convenzione. Non solo questo articolo agguaglia le rendite vitalizie scadute ai fitti ed alle pigioni, ma fa loro produrre interessi, non dal dì della mora, come si stabilisce nell'articolo 1231 per i capitali, ma dal dì della domanda giudiziale, perchè frutti civili.

Nè può trarsi un argomento contrario dall'articolo 867, col quale si dispone, che nel legato di quantità da soddisfarsi a termini periodici, il primo termine comincia dalla morte del testatore, ed il legatario acquista il diritto a tutta la quantità del termine in corso, ancorchè fosse in vita soltanto al principio di esso. Tale articolo non ripete tutta la dottrina del diritto romano, non costituire, cioè, i legati annui un sol legato, ma tanti distinti legati quanti son gli anni, e non costituire un'unica obbligazione ma tante obbligazioni quanti son gli anni; dispone solo, che il primo termine nei legati di rendita cominci dalla morte del testatore, nel fine di determinare se siano dovute al legatario le annualità giorno per giorno, o pure per tutto il periodo dell'anno, sol che sia incominciato. Non sappiamo quanta armonia di principii vi sia in questa disposizione propria dei legati con l'altra contenuta nell'articolo 1799 e negli altri, nei quali o si sancisce o pure si applica il principio, che i frutti civili s'intendono scaduti ed acquistati giorno per giorno; ma non se ne può trarre la conseguenza, che per i legati di rendita vitalizia siasi voluto stabilire, che le annualità di una rendita non sieno da considerarsi come provegnenti da una cosa della quale sieno accessioni, ma quali capitali per sè soli, e che il debitore sia tale non per un'unica obbligazione, ma per tante obbligazioni quanti sono gli anni, indipendenti l'una dall'altra; e trarre dall'antico principio romano la conseguenza che esso se ne traeva.

Nelle collazioni, nelle riduzioni, le annualità scadute prima della morte del testatore non si conferiscono, nè fan parte della massa, appunto perchè sono un frutto civile (art. 1013), non conferendosi nè riducendosi che il diritto ad avere l'annua rendita, e le rendite scadute dopo aperta la successione.

Nell' iscrivere l' ipoteca pel vitalizio, si deve indicare l' importare della somma dovuta, e *le annualità* che il credito produce (articolo 1987, n. 3 e 4); e se la somma capitale del vitalizio non è determinata nel titolo costitutivo o dichiarativo del credito o con atto posteriore, vien determinata dal creditore (articolo 1992).

Nelle graduazioni ha luogo il collocamento di un capitale del vitalizio, i cui interessi corrispondano all' annualità del vitalizio (articolo 2090) nè si ha diritto a collocamento per le annualità scadute che ai termini dell' articolo 2010, cioè per due annualità, e la corrente al momento della trascrizione del precetto e le successive.

Infine, per determinar la competenza nelle controversie per prestazione vitalizia, se la somma capitale non si possa desumere dal titolo, si cumulano dieci anni (art. 76 Cod. di proc. civ.).

È conseguenza di tutto ciò, che il diritto alla rendita vitalizia si prescrive con trent' anni (art. 2135, 2136), e le annualità con cinque anni (art. 2144).

L'articolo 2136 con saggio consiglio aggiungendo al corrispondente articolo del Codice francese le espressioni *prestazione annua qualunque* deve far cessare qualunque dubbio fosse precedentemente sorto: essa comprende tutte le annue rendite perpetue derivanti da qualunque titolo oneroso o gratuito, fra vivi o per testamento, e le annue rendite vitalizie, antiche e nuove. Imperocchè tutte le prestazioni che sotto diversi nomi conoscevano gli antichi, censi consegnativi e riservativi, decime di qualsiasi genere, quartesi, capitali quandocumque, soggiogazioni, eccetto le rendite enfiteutiche, son divenute rendite perpetue secondo il Codice, e secondo le medesime regolate.

Non si deve però confondere un'annua prestazione anche senza capitale determinato, come il legato di una rendita perpetua o vitalizia, col capitale pagabile a rate determinate in un periodo di tempo più o meno lungo, del quale discorreva la Corte di cassa-

zione di Napoli nella sentenza del dì 11 aprile 1874 della quale discorre il Ricci.

151. È imprescrittibile il diritto di redimere il fondo enfiteutico o una rendita perpetua (art. 1564, 1783). E ciò si estende anche al caso che la rendita non abbia un capitale, il quale, nel caso di riscatto, si determina secondo le regole speciali, delle quali si è fatta specificazione nella nostra monografia *Sulle rendite perpetue* (art. 1783). Il riscatto è stato favorito per liberare dai vincoli obbligatorii le persone e le proprietà.

152. È nata quistione da qual tempo cominci la prescrizione delle azioni fondate sopra i ruoli esecutivi degli Enti laicali ed ecclesiastici, se cioè dal giorno in cui furono renduti esecutivi dall'Intendente (Prefetto), o da quello delle affissioni o pubblicazioni, e si è ritenuto dalla Corte di cassazione di Napoli nel 20 luglio 1876, che l' atto compitore dei ruoli stava appunto nella formola esecutiva appostavi dall'Intendente, acquistando allora la virtù giuridica di titoli esecutivi in possessorio. Non può cominciare a decorrere il termine utile per liberarsi da una obbligazione non per anche surta e legalmente formata.

153. Le condanne civili pronunziate nel giudizio penale si prescrivono secondo le regole del Codice civile (art. 102 e 103 Cod. pen.) E ciò è una conseguenza della distinzione dell' azione civile e dell'azione penale, che sebbene siano conosciute e giudicate dal giudice penale, pure non cessano di avere la loro sostanziale differenza. Onde la Corte di cassazione di Napoli a 5 dicembre 1882 dichiarò che il creditore delle spese giudiziarie dovute per effetto di condanna penale non si estingue per la stessa prescrizione stabilita per la pena.

SEZIONE SECONDA

DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA DI DURATA INFERIORE A 30 ANNI E DI QUELLA DETTA IMPROPRIA O PRESUNTIVA.

SOMMARIO

154. Commento dell'art. 309 relativo alla prescrizione delle azioni di tutela diretta e contraria—155. Commento dell'art. 307, relativo alla nullità di ogni convenzione prima del rendiconto tra il tutore ed il minore divenuto maggiore; principio e durata della prescrizione—156. Commento dell'art. 327 del Cod. di proc. civ. Cominciamento e durata della prescrizione del diritto dal medesimo concesso—157. Commento dell'art. 1629 relativo alla responsabilità degl'intraprenditori—158. Commento dell'art. 1548 relativo alla garentia della solvenza del debitore di rendita perpetua—159. La prescrizione ordinaria in materia commerciale è di dieci anni; svolgimento del sistema: anche in dieci anni si prescrive l'*actio judicati* in materia commerciale; confutazione di un'opinione singolare del prof. Cipelli—160. L'azione del compratore dell'immobile, in materia commerciale, per farselo consegnare dura dieci anni, come dura dieci anni l'azione di garentia—161. Commento dell'art. 1300—162. Continua—163. Commento degli art. 1301 e 1302—164. Alla donna maritata ed ai suoi eredi compete l'azione di nullità o di rivocazione della dote alienata o consentita da lei col marito, o dal solo marito—165. Esame degli art. 1038, 1048 e 1531—166. La prescrizione dell'azione di rivocazione per sopravvegnenza di figli—167. Della prescrizione delle prestazioni periodiche—168. Della prescrizione delle annualità delle rendite perpetue e vitalizie—169. Delle pensioni alimentarie—170. Delle pigioni e dei fitti—171. Degl'interessi sulle somme dovute. Quistioni varie—172. La prescrizione sugl'interessi non liquidi corre dal dì della liquidazione e della prescrizione degl'interessi pagati dal terzo per conto del debitore dura trent'anni—173. Non corre la prescrizione quinquennale per gl'interessi dovuti a mente dell'art. 1147—174. Gl'interessi da conferirsi non sono soggetti a prescrizione quinquennale—175. Non sono soggetti a prescrizione quinquennale gl'interessi dovuti dall'aggiudicatario che dal dì in cui si possono spedire contro di lui le note di collocazione—176. È soggetto a prescrizione quinquennale tuttociò che è pagabile ad anno—177. Commento dell'art. 1037 – 178-179. Commento dell'art. 919 del Cod. di comm. – 180. Della prescrizione delle note di pegno—181-182. Commento degli art. 123, 124 e 54 della legge 13 settembre 1874, testo unico, di tassa di registro e bollo—183. Quistione sulla prescrizione del diritto ad esigere le somme contenute nei Buoni di rimborso—184. Modo come computarsi il quinquennio – 185. Commento dell'art. 921 del Cod. di comm.—186. Commento dell'art. 2146—187. Commento dell'art. 922 Cod. di comm.—188. Commento

dell'art. 923 Cod. di comm. — 189-190. Commento dell'art. 924 Cod. di comm.—191. Commento dell'art. 925 Cod. di comm.—192. Commento dell'art. 926 Cod. di comm.—193. Delle brevi prescrizioni improprie o presuntive—194. Della prescrizione delle azioni dei procuratori e degli avvocati—195. Discipline proprie dei procuratori—196. Della prescrizione delle azioni per la restituzione degli atti—197. Della prescrizione delle azioni dei notai e degli uscieri—198. Della prescrizione delle azioni dei docenti e degl'ingegneri, architetti, misuratori e ragionieri—199. Della prescrizione di un anno e di sei mesi. Enumerazione delle persone di cui si applicano—200. Del tempo nel quale incomincia la prescrizione, quando non è designato—201. Della interruzione della prescrizione—202. Della facoltà di deferire il giuramento, e se sia vietata ogni altra prova.

154. L'art. 309 è scritto così:

Le azioni del minore contro il tutore e il protutore e quelle del tutore verso il minore relative alla tutela si prescrivono in dieci anni, computabili dal giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato, senza pregiudizio però delle disposizioni relative alla interruzione e sospensione del corso della prescrizione — La prescrizione stabilita da questo articolo non si applica all'azione pel pagamento del residuo risultante dal conto definitivo.

È parso conveniente, che dopo il decorso di dieci anni di acquiescenza, il tutore il quale esercita un ufficio così grave, non abbia più a temere liti e molestie per parte del suo amministrato e suoi eredi, e che anche il minore fatto maggiore non abbia a trovarsi, dopo siffatto decorso di tempo, esposto a domande d'indennità da parte di chi fu suo tutore. Ritornare dopo un periodo decennale sopra un'amministrazione di tutela, quando i documenti possono essere dispersi e venuti a mancare altri elementi di prova, è togliere il modo di difendersi a quella delle due parti che fosse molestata dalle domande dell'altra. Bisognava d'altronde provvedere all'interesse dei terzi, cui l'ipoteca sopra i beni del tutore, non determinata nel suo effettivo valore, poteva recar nocumento (1).

La compilazione del nostro articolo è molto più completa di quella dell'art. 475 del Cod. franc. Con essa si risolve:

(1) Paoli, *Nozioni elementari di diritto civile*, p. 121 e 122.

Che anche l' azione del tutore contro il minore si prescrive in dieci anni.

Che il protutore è agguagliato al tutore.

Che la prescrizione è regolata come quella di trent'anni rispetto alla sospensione od interruzione del suo corso.

Che la prescrizione di dieci anni non si applica all'azione pel pagamento del residuo risultante dal conto definitivo, ma l'ordinaria di trent'anni.

155. L'art. 307, dopo di avere stabilito, a chi e come debbe essere renduto il conto, divenuto maggiore l'amministrato, per essere il tutore efficacemente liberato, aggiunge:

Nessuna convenzione fra il tutore e il minore fatto maggiore può aver luogo prima della definitiva approvazione del conto della tutela.

Il potere morale, che il tutore conserva sul minore dopo la sua maggiore età, e l' ignoranza, nella quale può questi trovarsi dei suoi negozii, giustificano la disposizione della nullità di ogni convenzione fatta prima dell' approvazione.

La scuola francese muove dubbio, se la nullità debba estendersi ad ogni convenzione, qualunque ne sia l' oggetto, ancorchè non abbia alcuna relazione coll' amministrazione della tutela.

Merlin e Dalloz sono per la significazione più larga; Laurent per la più ristretta.

Pare che il Codice italiano abbia voluto accogliere l' opinione più severa, sostituendo la parola *nessuna* all' altra *tout*, tradotta nell'edizione italiana per *qualunque*. La generalità della espressione e la ragione che informa l'articolo, ci debbono far ritenere, che si è voluto annullare ogni specie di convenzione, qualunque ne sia l' oggetto, fra il minore divenuto maggiore e il suo tutore, finchè l' amministrato non diventi pienamente libero da ogni dipendenza economica dal suo tutore e pienamente edotto del suo patrimonio e delle risultanze dell' amministrazione.

È nata anche in Francia la quistione da qual tempo ed in quanto tempo si prescriva l' azione di nullità.

Non è possibile ritenere, come pur da principio si è in Francia insegnato e giudicato, che la prescrizione cominci a correre dalla maggiore età dell' amministrato e duri dieci anni, cioè che nasca prima che sia conchiusa la convenzione, e si compia anche nell'ultimo giorno che sia stata fatta.

Secondo noi, l'azione di nullità sorgendo quando la convenzione si è stipulata, dal giorno successivo la prescrizione prende il suo corso e si compie in trent' anni, perchè la convenzione o può riguardare l' amministrazione della tutela o può essere estranea alla medesima, e perchè la convenzione è un novello fatto distinto dalla tutela, dal quale deriva un' azione anche distinta e diversa da quella di tutela.

La nullità è relativa, potendo essere confermata la convenzione in modo tacito od espresso dopo decorso i dieci anni dalla maggiore età, senza che siasi renduto il conto ed ogni azione sia prescritta, o dopo l' ultimazione del conto, quando cioè sia l' amministrato divenuto capace a fare ogni specie di convenzione col suo antico tutore (art. 1309). Il che può far nascere il dubbio, se la prescrizione non debba essere quella dell' art. 1300, cioè di cinque anni. Ma questa specie di prescrizione si estende ai soli casi indicati nella seconda parte di detto articolo, che limita la prima conceputa in termini generali. Infatti per applicare la prescrizione stabilita da detto articolo al caso in esame, occorre creare il termine *a quo* cominci la prescrizione il suo corso, diverso da quello ivi indicato, e ritenere che il maggiore sia divenuto incapace a contrattare in genere, al pari della donna maritata. La nullità del contratto del maggiore col suo ex-tutore è fondata non sopra l' incapacità dell' amministrato, ma sopra ragioni di moralità e di giusto sospetto di danno che possa derivare all' amministrato dalla soggezione tuttavia durevole verso il suo antico tutore. È fondata sopra un vizio di causa e di oggetto e non sopra l' incapacità del contraente.

156. L' art. 327 del Cod. di proc. stabilisce, che non si fa luogo

a revisione di conti, salvo alle parti, in caso di errori, omissioni, falsità o duplicazioni di partite, il diritto di proporre distintamente le loro dimande.

Si noti, che questa disposizione non è speciale al conto per tutela, ma si riferisce ad ogni specie di conto.

Se il conto è per tutela, quando comincia e quando si compie la prescrizione?

Se il conto è stato già approvato, subito la prescrizione comincia il suo corso. L'approvazione può essere amichevole o giudiziale. Quando è amichevole, non si può incontrare difficoltà sul momento della sua approvazione. Se è giudiziale, l'approvazione, per la prescrizione delle dimande prevedute dall'art. 327 s'intende avvenuta quando il conto è stato approvato con sentenza passata in giudicato o munita di clausola provvisionale.

Dura la prescrizione trent'anni; poichè sebbene il conto si riferisca all'amministrazione della tutela, pure l'azione sorge da un novello fatto, cioè dall'essersi dato ed approvato un conto che si crede in alcuna sua parte imperfetto. Onde il cominciamento dell'azione e quello della sua durata non può confondersi coll'azione diretta e contraria di tutela (1).

157. L'azione contro l'architetto e l'intraprenditore per la responsabilità della fabbricazione di un edifizio o di altra opera notevole dura dieci anni a computare dal giorno, in cui fu compiuta l'opera. Se il caso di responsabilità si verifica in detto termine, l'azione d'indennità dev'essere promossa entro due anni dal giorno in cui si è verificato (art. 1629).

L'art. 1792 del Cod. franc. non stabilisce il termine entro il quale deve essere promossa l'azione d'indennità; sicchè può farsi valere fra trent'anni; cosa più che inopportuna, perchè è difficile quando scorre il tempo, provare che il danno sia nato nel decennio dal compimento dell'opera.

158. La cessione di una rendita perpetua importa nel cedente

(1) Contra Pugliese, n. 262, vol. 2.

l'obbligo di garentire la sussistenza del credito, e la prescrizione che dura trent'anni, non comincia il suo corso che dal dì in cui siasi verificata la evizione (art. 2120): ma se il cedente ha garantita la solvenza del debitore, l'azione di garenzia del cessionario contro il cedente si estingue fra dieci anni dalla data della cessione (art. 1543). Nel Codice francese non si contiene alcuna disposizione

159. La prescrizione *ordinaria* in materia commerciale si compie col decorso di dieci anni in tutti i casi, per i quali nel Codice di commercio o in altre leggi non è stabilita una prescrizione più breve (art. 917). L'interruzione e la sospensione è regolata secondo le norme del Codice civile, salvo qualche eccezione, della quale abbiamo già discorso al suo proprio luogo.

Quello che è più notevole si è, che le azioni derivanti dagli atti che sono commerciali per una sola delle parti si prescrivono per tutti i contraenti in conformità delle leggi commerciali (articolo 915).

Le azioni commerciali, contro le quali le opposizioni sono state rigettate, o pure sono state ammesse dalla cosa giudicata, se istituite con citazione, si prescrivono in dieci anni.

Onde rigettate le opposizioni al precetto fatto in virtù di una cambiale, l'azione cambiaria si prescrive in dieci anni, come si prescrive in dieci anni, se l'azione promossa mediante citazione è stata accolta da solenne giudicato. La sostituzione di un titolo ad un altro, del giudicato alla cambiale, non cangia la materia commerciale in materia civile. Non è la natura del titolo, ma il contenuto di esso, che serve a determinare le norme direttive, e la maggiore efficacia del titolo è una ragione di più per rendere più breve la durata dell'azione.

Non pertanto, ciò non è ammesso da tutti.

La cosa giudicata, si dice, dà nascimento ad una novella azione, *actio judicati,* che trova in sè stessa la sua forza senza doversi ricorrere al titolo consacrato nella sentenza.

La nuova azione ha carattere civile, perchè eminentemente civile è la funzione giudiziaria, donde essa trae la sua origine qualunque sia l'oggetto sul quale si spiega. Essa apre un nuovo stadio distinto da quello precedente che ha un' esistenza ed un' indole propria ed è retto da norme speciali. È lo stadio dell'esecuzione, che ha essenzialmente carattere civile come ne fa fede l' articolo 570 Cod. proc. civ.

Queste ragioni non ci persuadono.

La sentenza del giudice colla quale si accoglie un' azione, non fa che riconoscere la giustizia del diritto e darci la sanzione, perchè sia adempito. Costituisce un titolo novello, più efficace ed esecutivo che non rende necessario il ricorso al titolo che è servito di fondamento all' azione, ma non muta la natura della materia che si conserva qual' era, civile o commerciale. La prescrizione non è governata dalla qualità del titolo, ma dalla materia, cui il titolo si riferisce (art. 917, Cod. di comm.). La sentenza pronunziata in materia commerciale porta, per legge e per regolamento, la intitolazione di essere pronunziata in materia commerciale per distinguerla da quella che è profferita in materia civile, e produce effetti diversi od identici secondo che dispongono le leggi commerciali e civili.

L' azione che scaturisce dalla sentenza pronunziata in materia commerciale è governata dall' articolo 917 del Codice di commercio in quanto alla prescrizione, e, per contrario quella che promana dalla sentenza in materia civile è retta, in quanto alla prescrizione, dalla legge civile.

L' esecuzione forzata delle sentenze, qualunque di queste ne sia la natura, è identica: essa non varia per variar della materia sulla quale sono state profferite; ma la esecuzione non si vuole confondere col diritto ad eseguire, o col titolo che si deve eseguire.

Il diritto il cui adempimento si deve conseguire mediante l'esecuzione, si conserva e si estingue secondo la sua natura e quella legge, che la governa. Il titolo che si deve mettere in esecuzione

è regolato secondo la sua legale natura in conformità della legge di procedura. E gli atti di esecuzione sono determinati dalle medesime che sono leggi essenzialmente comuni alle materie civili e commerciali.

Dal quale ragionamento consegue che l' *actio judicati* in materia commerciale è regolata dall' articolo 917 del Codice di commercio (1).

Argomentando dall'articolo 917, dall'art. 3, n. 3, che le compre e le rivendite dei beni immobili sono atti di commercio e dall'art. 59, che dichiara valida la vendita commerciale della cosa altrui, il prof. Cipelli (2) ritiene, che l' azione di revindicazione dell'immobile si prescriva con dieci anni, sebbene il possessore non abbia nè titolo nè buona fede.

L' art. 59 del Cod. di comm. dichiara valida la vendita della cosa altrui nel senso, che il venditore è obbligato ad acquistarla e consegnarla al compratore sotto pena del risarcimento dei danni. Il che non solo non offende il diritto del proprietario della cosa che altri senza suo consenso si è compiaciuto vendere, ma vie più lo conferma e lo tutela.

Il vero proprietario è del tutto estraneo al contratto di vendita o rivendita, e la sua azione revindicatoria, non essendo egli uno dei contraenti, è meramente civile, nè perciò può comprendersi nell' art. 915 del Cod. di comm.

Non è poi possibile l' azione revindicatoria, se nello stesso tempo altri non acquisti la proprietà dell' immobile, che s' intende revindicare. Chi compra per rivendere deve uniformarsi all'art. 1314 del Cod. civ. (art. 44 Cod. di comm.), e se vuol consolidare la proprietà rispetto al terzo, deve trascrivere la scrittura e possedere lo

---

(1) Diligenti, *trasporti terrestri e marittimi*, 18; Contra Giorgi, vol. VIII 297; Pugliese, vol. 1, n. 308.

(2) *Legge*, 1882, I, 648; Pugliese, vol. I, n. 255.

immobile in buona fede per dieci anni. Gli art. 915 e 917 si riferiscono alla sola prescrizione estintiva diretta a consumare azioni derivanti da negozi commerciali, e che riguardano relazioni dei contraenti fra loro, non quelli di costoro con i terzi, che a quei negozi sono estranei.

Ciò è anche confermato dall'art. 918 relativo alla prescrizione estintiva-acquisitiva della *nave*, la quale si acquista e si perde con dieci anni, ancorchè non vi sia nè titolo nè buona fede. È una disposizione speciale che non può estendersi agl' immobili.

160. Nasce dubbio, se l'azione del compratore dell'immobile per rivenderlo diretta a farselo consegnare, si prescriva con dieci anni. Essendo commerciale il contratto da parte del compratore, la durata della prescrizione deve essere quella di dieci anni, giusta gli art. 915 e 917. Si osserva in contrario, che l'azione di consegnare l'immobile confondendosi colla revindicazione del dominio, non si può estinguere se contemporaneamente il venditore non ne diventi proprietàrio. Il che non è esatto, perchè l'azione diretta ad ottenere la consegna dell'immobile comprato essendo meramente personale, è soggetta alla sola prescrizione estintiva. E se anche dovesse assimilarsi all'azione di revindicazione, può importare non già che non si debbano applicare gli art. 915 e 917, ma che il venditore ritorni ad esser proprietario pel decorso di dieci anni, ancorchè non abbia nè titolo nè buona fede; il che accade anche come effetto della prescrizione estintiva.

Eziandio l'azione di garentia del compratore contro il venditore dura dieci anni a computare dalla sofferta evizione. Il Pugliese formola il seguente caso: *Primo* vende un fondo a *Secondo*, e siccome l'atto è commerciale per *Primo*, che essendo uno speculatore ha comprato per rivendere, le azioni derivanti dal contratto sono commerciali per entrambi. *Secondo*, che non è uno speculatore, rivende a *Terzo;* per entrambi il contratto è civile e le azioni sono perciò civili. *Terzo*, se è evitto, può sperimentare fra trent' anni l'azione di garentia contro *Secondo; Secondo* tra dieci anni contro

Primo. Crede il Pugliese, che i dieci anni decorrono dal dì, che *Terzo* abbia patito l'evizione; sicchè se questi istituisce l'azione di garentia contro *Secondo* l'undecimo anno, *Secondo* abbia per prescrizione perduta l'azione di garentia contro *Primo*. Riconosce, che ciò sia iniqua cosa, ma che non vi è legge che gli conservi in tal caso il diritto di garentia.

Secondo noi, l'equivoco del Pugliese sta nel credere, che l'azione di garentia di *Secondo* contro *Primo* nasca dal giorno, nel quale *Terzo* ha patito la evizione, e non già dal giorno nel quale *Terzo* promuove la sua azione di garentia contro *Secondo*. *Terzo* è stato l'evitto; perciò il suo diritto ad esser garentito nasce nel momento che il fatto accade e dura trent'anni. Se egli non procede contro *Secondo*, non può nascere l'azione di costui contro *Primo*, perchè l'evizione sofferta da *Terzo* gli è ignota, ed il suo diritto non può sorgere, che quando è evitto lui, ossia si vogliono far valere contro di lui gli effetti dell'evizione; in che consiste propriamente la evizione, quando non si è in possesso della cosa.

L'inconveniente, che il Pugliese crede derivare dall' intreccio della diversa durata dell'azione di garentia civile e commerciale, si verificherebbe anche nel caso di successive azioni di garentia di egual durata tutte civili, se piacesse al primo evitto promuovere la domanda nell' ultimo giorno del termine — Sarebbe estinta l' azione nello stesso giorno che nasce, se si eseguisse la teoria del Pugliese.

161. Si prescrivono con cinque anni le azioni di nullità e di rescissione di un contratto in tutti i casi, nei quali non sieno state ristrette a minor tempo da una legge particolare — Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti; riguardo agli atti degl'interdetti e degl' inabilitati, dal giorno in cui è tolta l'interdizione o l'inabilitazione; riguardo agli atti dei minori, dal giorno della loro maggiore età; e riguar-

do agli atti delle donne maritate, dal giorno dello scioglimento del matrimonio (art. 1300).

L'impossibilità di agire è la causa, per la quale l' azione di rescissione comincia a prescriversi non dal giorno del contratto, ma dalla scoverta del dolo o dell' errore o dalla cessazione della violenza.

Essendo relativa l' azione di nullità dei contratti degl'incapaci, la prescrizione di breve durata non può cominciare a nascere, che quando gl' incapaci son divenuti capaci di confermarlo, o ratificarlo (art. 1309). Se nel corso di cinque anni dopo il tempo, che potevano validamente confermare o ratificare l' obbligazione, non hanno agito, si presume che sia stata questa tacitamente confermata.

Dal quale ragionamento si trae, che sebbene ampie sieno le prime espressioni dell'articolo, le quali par che comprendano tutte le azioni di nullità e di rescissione derivanti dai contratti, nullameno non possono essere soggette alla breve durata di cinque anni le azioni di nullità e di rescissione che non possono essere nè confermate nè ratificate, e non si riferiscono a quelle per le quali è stato specificato il tempo dell'incominciamento della prescrizione.

162. Il Codice francese nell' articolo 1304 dice: *e riguardo agli atti delle donne maritate fatti senza autorizzazione dal dì dello scioglimento del matrimonio.* Il Codice italiano dice: *riguardo agli atti delle donne maritate dal giorno dello scioglimento del matrimonio.*

Si sono omesse dunque le parole *fatti senza autorizzazione.*

Ii comma dell'articolo è inteso unicamente a stabilire il tempo, dal quale la prescrizione deve cominciare il suo corso, non ad indicare quali atti sieno soggetti a nullità o rescissione, perchè di essi si tratta in altri luoghi. Il Codice francese ha fatto eccezione per gli atti delle donne maritate, dicendo atti fatti senza autorizzazione. Il Codice italiano, a serbare l'armonia nella compilazione, ha omesso anche siffatta eccezione. Si è per detta ragione tolto il

limite ed eziandio perchè vi sono altri atti fatti dalla donna con autorizzazione del marito, che si possono da essa impugnare durante il matrimonio e dopo, come vedremo nel numero 164.

Questa innocente e legittima omessione ha fatto credere ad alcuni, che la donna maritata fosse stata vantaggiata più dei minori e degl' interdetti. Secondo costoro, l' azione per violenza, dolo od errore comincia dal dì in cui la violenza è cessata, il dolo o l' errore si è scoperto ancorchè fossero tuttavia minori, se il contratto fosse per tutt' altro valido. La donna maritata per contrario, ancorchè il contratto fosse valido perchè legalmente autorizzata, può istituir l'azione di rescissione per dolo, errore o violenza dal dì dello scioglimento del matrimonio, ancorchè fossero decorsi i cinque anni, dacchè l'errore o il dolo è stato scoperto o è cessata la violenza. Una sentenza della Corte di cassazione di Firenze del 20 novembre 1891, annullando una sentenza della Corte di Lucca ha riprovata la nuova dottrina, ritenendo che la prescrizione dell'azione di nullità comincia il suo corso dal giorno che gl' incapaci son diventati capaci, e quella dell' azione di rescissione dal giorno in cui si è scoverto il dolo o l'errore o è cessata la violenza anche per la donna maritata debitamente autorizzata. E noi con tutta la parte della scuola che ha esaminata la quistione, siamo dell'avviso della Corte di cassazione.

163. È viva quistione in Francia, se questa breve prescrizione possa essere nel suo corso impedita o sospesa o interrotta come quella di trent'anni. Il Codice italiano ha deciso la quistione, scrivendo un apposito articolo che è il 1301 nel quale con molta precisione ha sancito le regole del diritto comune.

E coll' articolo seguente ha troncato l'altra quistione, che l'eccezione di nullità o di rescissione possa essere opposta da chi è convenuto per l' esecuzione del contratto in tutti i casi, nei quali avrebbe potuto egli agire per nullità o rescissione, senza che fosse soggetta alla prescrizione dei cinque anni. Di questo articolo abbiamo fatto un ampio commento nel numero 115.

164. L'azione di nullità dell'alienazione o della obbligazione della dote per non essersi adempite le condizioni stabilite dall'articolo 1405 è soggetta o pur no alla prescrizione di cinque anni?

Se l'autrice dell'alienazione o dell'obbligazione sia la moglie, anche consenziente il marito, non par dubbio, che la donna maritata, sciolto il matrimonio, debba fra cinque anni domandarne la nullità.

È questa la opinione prevalente nella scuola e nella giurisprudenza (1). Il Giorgi non è soddisfatto di questa opinione (2). Egli crede, che l'azione di nullità o di rescissione dell'alienazione o dell'obbligazione della dote derivando da vizio di oggetto e di causa non possa esser regolata dall'articolo 1300.

Osserviamo, che l'articolo 1300 limita l'azione di nullità o di rescissione *degli atti delle donne maritate* a soli cinque anni dallo scioglimento del matrimonio, senza alcuna distinzione (3).

E la nullità dell'alienazione o dell'obbligazione della dote è fondata non sulla inalienabilità assoluta della medesima, ma sul non essersi adempite le forme prestabilite dalla legge per la loro validità. Le quali forme se fossero state adempite, l'alienazione e l'obbligazione sarebbero state valide. La donna maritata ha una capacità limitata in quanto che per alcuni atti deve esser autorizzata dal marito; per altri dal marito e dal tribunale, e per altri dal solo tribunale in contraddizione del marito. Fra questi atti, per i quali ha bisogno dell'autorizzazione del marito e del tribunale, vi è appunto quello dell'alienazione della dote. La causa della dote ha fatto limitare la sua capacità rispetto alla medesima, in quanto che si è richiesta la necessità di una forma di più che è l'autorizzazione del tribunale. Ma quando cessa la causa della dote

---

(1) Paoli, *Della dote*, n. 60; Corte di cassaz. di Roma, 3 febbraio 1882; Corte di cassaz. di Napoli, 15 maggio 1877, 21 aprile 1892.

(2) Giorgi, vol. VIII, n. 312.

(3) Consulta, n. 161.

e la nullità può essere dalla donna tacitamente o espressamente confermata, l'azione di nullità cade nei precisi termini dell'articolo 1300. Il favore della causa cessa nel momento dello scioglimento del matrimonio, e non rimane che un contratto fatto senza autorizzazione del marito e del tribunale sopra un oggetto, divenuto di libero commercio della donna, e la nullità non consiste che nel non aver ottenuto questa doppia autorizzazione.

Più grave è la quistione, se l'alienazione o l'obbligazione della dote fossero state consentite dal marito senza l'intervento della moglie. L'articolo 1300 limita a cinque anni l'azione delle donne maritate per gli atti fatti da esse, non per quelli fatti dal marito ai quali è perfettamente straniera. Onde è, che in detto caso l'azione competente alla donna maritata dopo sciolto il matrimonio sarebbe di revindicazione del fondo dotale, o di annullamento delle obbligazioni sul medesimo contratte da proporsi fra trent'anni dallo scioglimento del matrimonio.

Se questa opinione dovesse prevalere, la condizione della donna maritata in alcuni casi sarebbe deteriorata. Imperocchè la sospensione della prescrizione del fondo dotale, durante il matrimonio, non è ammessa a danno del terzo possessore che ne abbia prescritto la proprietà col possesso di trent'anni, come neanche è ammessa contro coloro che sul fondo dotale avessero per prescrizione acquistato diritti reali. Se, per modo di esempio, il marito avesse venduto il fondo dotale il 31 gennaio 1831, il 31 dicembre 1861, il compratore avrebbe acquistato per prescrizione il detto fondo rispetto alla donna. Onde se il matrimonio si sciogliesse al 1.º gennaio 1861, la vedova avrebbe perduto l'azione di revindicazione contro il terzo possessore, e non potrebbe essere tutelata dall'articolo 1300, perchè non è atto suo quello che s'impugna, ma del marito. La quale conseguenza ci ha fatto considerare quello che andremo a dire.

Il marito durante il matrimonio è l'amministratore dei beni dotali della moglie.

Egli n'è amministratore necessario, e gli atti che compie l'amministratore, sono atti dell'amministrato.

Se il marito aliena il fondo dotale od obbliga la dote, senza il consenso della moglie e del tribunale, compie un atto nullo, del quale può domandare la nullità non solo il marito, ma *anche* la moglie durante il matrimonio. È questa un'innovazione, che il Codice italiano ha fatto al Codice francese, della quale bisogna tener ragione nella risoluzione della quistione. L'atto del marito amministratore è riguardato come atto della moglie amministrata, la quale non si considera come straniera al medesimo; sicchè dovesse dirsi nel suo interesse inesistente l'atto per non esservi intervenuta. A lei è dato un'azione di nullità, un'azione di rivocazione, come se l'atto fosse stato da lei consentito, consentito essendo dal suo amministratore. Sciolto il matrimonio, l'azione di nullità e di rivocazione non si può trasformare in azione di revindicazione. La donna può limitarsi a riconoscere la validità dell'atto fatto dal suo amministratore, e può domandarne la nullità, la quale azione continua a riconoscerle la legge. L'acquirente, durante il matrimonio, è considerato come se fosse stato acquirente anche della moglie, per mezzo del suo amministratore: onde è soggetto, durante il medesimo, ad un'azione personale di nullità e di rivocazione della moglie quale contraente e che continua della stessa natura sciolto il medesimo. Egli non è terzo, durante il matrimonio, nè cessa esser terzo sciolto il medesimo. Quell'azione di nullità e di rivocazione dell'atto fatto dal suo necessario amministratore continua in lei, sciolto il matrimonio, ma dura cinque anni, perchè essa è divenuta libera di ratificare l'atto del suo amministratore o di rifiutarlo, essendo cessata la causa della dote.

Insomma l'articolo 1407 continua a riconoscere nella donna maritata, sciolto il matrimonio, l'azione personale di nullità o di rivocazione, non le concede un'azione reale di revindicazione. Con che tende alla sua maggiore tutela.

165. Le divisioni possono rescindersi per dolo, violenza o lesione (art. 1038). La divisione fatta dall' ascendente per atto fra vivi può essere impugnata per lesione (art. 1048). Non essendo in detti due casi stabilita una prescrizione più breve, deve applicarsi l'articolo 1300. Non è così della rescissione della vendita per causa di lesione, la cui domanda non è più ammessa, spirati due anni dal giorno della vendita (art. 1531). La quale disposizione vuolsi annoverare non fra le brevi prescrizioni, ma fra le decadenze di diritto, tanto più che il termine è perentorio anche nell' interesse degli *assenti*, contro gl' interdetti, ed i minori *aventi causa da un venditore maggiore di età.* Articolo è questo mal compilato, come se gli assenti avessero avuto nel Codice dei riguardi, e come se il termine non fosse perentorio pel minore, il cui tutore avesse validamente stipulato il contratto di vendita.

166. L'azione di rivocazione per sopravvegnenza de'figli al donante si prescrive col decorso di cinque anni computabili dal giorno della nascita dell' ultimo figlio (art. 1090).

Al donante senza figli nasce un figlio postumo. Vi è luogo a sospensione dei cinque anni per la durata della minore età del figliuolo?

La prima domanda che può farsi, in genere, è, se il donante, che non ha rivocato la donazione durante la sua vita, morendo prima della nascita dell' ultimo figlio, trasmette questo suo diritto agli eredi ossia ai figliuoli.

L'art. 888 sancisce la *rivocazione di diritto* del testamento nel caso di sopravvegnenza dei figli, eccetto che il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi.

Nelle donazioni la rivocazione non si opera di diritto, ma *possono* esse essere rivocate.

Il giudizio di doversi o pur no rivocare il dono per la sopravvegnenza di un figlio è un giudizio di convenienza, demandato

al donante; ma non può esser considerato come esclusivamente inerente alla persona di lui. Ciò si argomenta da quanto si stabilisce intorno alla rivocazione del testamento per la stessa causa della sopravvegnenza dei figli.

Disponendosi la rivocazione di diritto, nella previsione, che nella più parte dei casi il testatore non avesse avuto nè tempo nè modo di provvedere, l'interesse del figlio si è preferito a quello del donatario. Al donante si è data la facoltà di rivocare la donezione, ma se egli non è giunto a farlo, soprappreso dalla morte, lasciando innanzi a sè altro spazio, nel quale avrebbe potuto provvedere, non si può dir revocata di diritto la donazione, ma neppure si può impedire la trasmissione del diritto al suo erede di rivocar la donazione.

E la rivocazione può essere fatta dall' amministratore dei beni del minore o da lui medesimo divenuto maggiore?

Non essendo personale l' esercizio del diritto, il padre, la madre o il tutore potrebbero rivocar la donazione entro il residuo spazio, nel quale avrebbe potuto farlo il donante, e se non provvedono, può nello stesso residuo spazio farlo il minore dal dì che è divenuto maggiore.

La Corte di cassazione di Napoli ritiene, che il minore divenuto maggiore nol possa, perchè nelle prescrizioni brevi, per le quali non vi è disposizione espressa, non vi è luogo a sospensione per causa della minor età. Abbiamo, sopra ciò, detto la nostra opinione, altrove, esaminando pure la sentenza della Corte nè ci ripeteremo (1).

167. Si prescrivono con cinque anni:

Le annualità delle rendite perpetue e vitalizie.

Quelle delle pensioni alimentari.

Le pigioni delle case e i fitti dei fondi rustici.

(1) Capo terzo, n. 57.

Gl' interessi delle somme dovute, e generalmente tutto ciò che è pagabile ad anno, o a termini periodici più brevi (art. 2144).

Questa speciale prescrizione ignota al Diritto romano, nata nella legislazione statutaria del medio-evo, svolta in Francia, sancita nel Codice Napoleone, è stata accolta nel Codice italiano negl' identici termini, sol mutando la parola PRESTATE in quella di *dovute*, più larga questa e comprensiva.

Non è la presunzione di pagamento che ha fatto ammettere questa breve prescrizione, ma l' interesse generale di non rendere al debitore impossibile il pagamento, e rovinarlo col cumulo di prestazioni, che annualmente forse avrebbe potuto soddisfare con i prodotti delle sue proprietà o del suo lavoro. Il debitore non ha curato nè di pagare, nè di riunire e conservare i risparmii con niuna previdenza, forse per sopperire a bisogni più urgenti, e il creditore è stato o negligente o compiacente a non domandare il suo. Si è voluto, che il creditore fosse diligente a ricordare al debitore il suo obbligo ed impedire così la rovina totale di lui sotto pena della perdita del suo diritto. Concorrono considerazioni accessorie. Il creditore non agendo, ha mostrato non avere bisogno di prestazioni destinate a consumarsi. Il debitore ha potuto pagare e non conservare le ricevute. Una sola cosa notiamo di proposito: la prescrizione s'incorre, anche quando il debitore nell'opporla riconosca di non aver pagato; sicchè neanche il giuramento gli può essere deferito.

168. Nella numerazione son prime le rendite perpetue e vitalizie.

Diconsi annualità, perchè sogliono pagarsi ad anni: la regola è la stessa se si pagano a termini periodici più brevi o più lunghi come a giorni, a settimane, a mesi o a più anni.

Si è fatta distinzione da alcuni tra rendite perpetue che abbiano un capitale e rendite perpetue che non lo abbiano, per dedurne che quelle le quali non hanno un capitale debbono consi-

derarsi, come tanti crediti distinti, per quante sono le annualità, confondendosi così due cose distinte fra loro; il diritto alla rendita e le prestazioni annuali.

Ogni rendita perpetua da qualsivoglia titolo derivante, anche il legato annuo di rendita, ha il suo capitale, sebbene non si enunci nel titolo che lo costituisce.

Supplisce la legge a determinarlo, nel caso che si voglia affrancare (art. 1788) ed in altri casi ove occorre farlo, come per determinar la competenza (1). Le annualità costituiscono crediti distinti, che si prescrivono con cinque anni. Il diritto alla rendita si prescrive con trent'anni. E lo stesso deve dirsi delle rendite vitalizie (2).

Tace l'articolo delle rendite a tempo; ma esse son comprese nella sua ultima parte, cioè si prescrive tuttociò che è pagabile ad anni o a termini periodici più brevi, da non confondersi però con i capitali pagabili a rate.

Anche la rendita iscritta sul Gran Libro, essendo perpetua, è soggetta al diritto comune, come riconoscono gli articoli 37 della legge 10 luglio 1861, 18 della legge 4 agosto 1861 e 183, 184, 195 e 196 del regolamento degli 8 ottobre 1870.

La prescrizione comincia a decorrere dal giorno dal quale diventano esigibili le rate semestrali non reclamate.

Alla stessa prescrizione quinquennale sono pure soggette le rate semestrali, al cui pagamento siesi provveduto coll'emissione dei Buoni, perchè il diverso modo di pagamento non cambia la natura del credito, che si riferisce per sempre a rate semestrali; ma quando si tratti di Buoni spediti per pagamento di rate scadute prima dell'emissione dei Buoni stessi, il quinquennio anzichè computarsi dalla loro scadenza, si computa invece dalla data del

---

(1) Capo V, n. 150 e 151.

(2) Consulta gli stessi numeri.

Buono, perchè l'emissione del medesimo interrompe la prescrizione già incominciata.

La prescrizione delle rate semestrali, come quella del diritto alla rendita non può essere sospesa o interrotta secondo le cause e le forme stabilite dal diritto comune, ma nel modo speciale contemplato dalla legge organica sul Gran Libro, vale a dire mediante dimanda presentata, o con ricorso nelle forme ordinarie diretto all'Amministrazione del debito pubblico anche per l' intermezzo delle Intendenze o con istanza giudiziale prodotta contro l' Amministrazione stessa.

Ciascuna rata semestrale costituisce un credito distinto, e dà luogo ad un' azione distinta soggetta a prescrizione pur distinta e separata.

Per le rendite nominative, il cui pagamento può in certi casi venire sospeso per ragione di opposizione, il decreto o provvedimento di sequestro o di sospensione non sospende il corso della prescrizione, perchè nulla impedisce agl' interessati, sia di fare con appositi reclami gli opportuni atti interruttivi, sia di accordarsi e promuovere un provvedimento giudiziale per fare esigere le rate semestrali che maturano durante la contestazione e farle depositare sino a lite finita (1).

I depositi di numerario e valori nella Cassa dei depositi e prestiti si prescrivono in cinque anni da ciascuna scadenza per quanto riguarda gl' interessi e in 30 per quanto riguarda il capitale (articolo 14, legge 17 maggio 1863).

169. Succedono le pensioni alimentari. Son tali quelle che son dovute o per convenzione o pure per legge, non potendosi far distinzioni che la legge non fa.

Alcuni scrittori, allargandone la significazione, vi han com-

---

(1) *Istruzione sull' ordinamento del Gran Libro*, Firenze, Stamperia reale, 1876.

preso anche le prestazioni per servigi o per opere comechè destinate a sopperire ai bisogni della vita; quali sarebbero i crediti per i salarii o retribuzione dovuti a commessi di negozio, a cappellani, intendenti o maestri di casa e generalmente gli stipendii od assegni pagabili da privati o da corpi morali per servigi liberali, crediti tutti non soggetti alle prescrizioni più brevi degli articoli 2138 a 2140 (1). Ciò non è approvato dal Pugliese, il quale nella diversità della causa della prestazione vi vede una notevole differenza. La pensione alimentaria è dovuta o per un capitale ceduto o per donazione o *jure sanguinis*, mentre le altre prestazioni, che vi si vogliono assomigliare, sono il corrispettivo di opere o servigi che si prestano. Onde se non ricadono in una delle prescrizioni più brevi, non si può loro applicare che la prescrizione di trent' anni.

È nostra opinione, che tali prestazioni non sono *alimentari* nel senso legale, ma per la presbrizione, se si pagano ad anno o a termini periodici più brevi per opere o servigi, ad esse si assomigliano; per cui se non si prescrivono come pensioni alimentari, si prescrivono come prestazioni che si pagano ad anno o a termini periodici più brevi. Il *tuttociò* della fine dell' articolo comprende qualsivoglia prestazione, la quale sia non in tutto identica alle prime e non del tutto diversa, e vi è grande analogia tra locazioni di beni rustici e locazioni di opere (2).

170. Le pigioni delle case ed i fitti dei beni rustici si prescrivono anche con cinque anni.

Non bisogna confondere la pigione o il fitto, cioè il determinato prezzo che il conduttore assume di pagare (art. 1569), con tutti gli altri obblighi che si sogliono addossare al conduttore di

---

(1) Giorgi, vol. VIII, 317 e le autorità citate in nota.

(2) Le pensioni e gli assegni dovuti dallo Stato sono regolati da norme speciali (art. 408 del regolamento di contabilità del 14 aprile 1864 e art. 30 e 31 sulle pensioni, 14 aprile 1864).

fare o di dare, come per esempio; fare una piantagione, costruire una casa; obblighi che non si debbono in termini periodici fare dal conduttore, nè possono considerarsi come accessorii del fitto, ed un insieme con esso (1).

È una quistione di fatto il decidere, se le prestazioni del conduttore possano considerarsi come accessorii e parti integranti del fitto o della pigione, o come obblighi a sè, indipendenti dai medesimi.

Si noti, che l'articolo parla di pigione di case, e non di camere mobiliate o di locande, perchè queste sono comprese nella prescrizione dell'art. 2138.

171. Gl'interessi delle somme DOVUTE si prescrivono con cinque anni.

Gl'interessi sono o convenzionali, o moratorii o pure legali.

Interessi convenzionali son quelli dovuti per patto.

Diconsi interessi moratorii quelli dovuti dal giorno della mora, e quando s'incorre in mora è stabilito dagli art. 1223 e 1231.

Diconsi legali quelli, che decorrono *ope legis*; quali sarebbero:

Gl'interessi dei debiti commerciali liquidi ed esigibili (articolo 41 Cod. di comm.).

Gl'interessi dovuti dal tutore sul residuo debito dal giorno dell'ultimazione del conto (art. 308).

Gl'interessi dovuti dal tutore sulle somme che ha omesso di impiegare giusta l'art. 291.

Gl'interessi dovuti al proprietario sulle somme che ha pagate durante l'usufrutto per i carichi imposti sulla proprietà (articolo 507).

Gl'interessi sulla dote promessa dal giorno in cui si celebrò il matrimonio (art. 1388), e quelli dovuti alla dotata o ai suoi eredi dal dì dello scioglimento del matrimonio (art. 1415).

---

(1) Corte di Roma, 2 febbraio 1888. Si trattava della costruzione di una casa pel ricovero dei pescatori da farsi da un conduttore di un lago per venti anni.

Gl' interessi dovuti dal socio sulle somme che deve conferire (art. 1710).

Gl' interessi delle somme dovute dal mandante al mandatario sulle somme anticipate (art. 1755) e quelli dovuti dal mandatario al mandante (art. 1750).

Gl' interessi delle somme erogate dal gestore di negozii (articolo 1141).

Gl' interessi dovuti al condebitore solidale che ha pagato tutto il debito, successivi al pagamento, ed al fideiussore, che ha pagato pel debitore (art. 1915).

Gl' interessi dovuti dal compratore sul prezzo (art. 1509).

Gl' interessi dovuti al legatario (art. 865).

Allorchè si fa domanda di pagamento d' interessi in giudizio e vengono conceduti dalla sentenza, diconsi giudiziali, qualunque sia la causa *debendi,* il patto, la mora o la legge.

Aspra è stata in Francia la contesa intorno al se dovessero essere soggetti alla prescrizione quinquennale i soli interessi convenzionali, od anche i moratorii ed i legali, ed i giudiziali, quali possono diventare anche i convenzionali. È famosa la consultazione di Ravez, che Troplong chiama oracolo del Diritto del mezzogiorno, capo d' opera di profondità, scienza e ragionamento, la quale fu data in compagnia di Saget e Brochon giovane, dotti avvocati del foro di Bordeaux (1). Fu con essa ritenuto, che gl' interessi legali e moratorii non fossero soggetti a prescrizione e gli stessi convenzionali non lo fossero soggetti, se riconosciuti da un giudicato. Questa dottrina accettata dal Proudhon e dal Duranton è combattuta dalla gran maggioranza della scuola francese e belgica, e la giurisprudenza delle due Cassazioni in tale senso si è manifestata.

Poichè la lettera dell' articolo francese: *interessi delle somme*

---

(1) Dalloz, 1831, 2, 65.

PRESTATE, era il principale argomento della consultazione, il Codice vi ha sostituita l'altra di estesa significazione, *somme dovute* e gli interessi son dovuti *ex pacto*, *ex mora*, *ex lege* o *ex judicato*. Se vengono riconosciuti e dichiarati come dovuti dal giudicato, non cambiano natura, nè diventano capitali quelli che scadono successivamente giorno per giorno dopo la pronunziazione della sentenza. Si considerano come capitali solo quelli che inclusi nella sentenza e per i quali vi è stata dimanda e condanna. Tutti gli altri continuano ad esser frutti civili, che scadono giorno per giorno, e che niuno vieta al creditore di domandare separatamente dal capitale. Se essi si trascurano di esigere, il loro cumulo formerà la rovina del debitore. Concorre adunque anche la ragion della legge a sostenere l'applicazione della prescrizione quinquennale a tutte le specie d'interessi, sebbene divenuti giudiziali, salvo quelli che sono inclusi nel giudicato, sino al momento che è stato pronunziato.

Nulladimeno la Corte di cassazione di Palermo ha consacrata la opinione contraria, anche a sezioni unite, con gran lusso di ragionamento perchè sapeva di avere contro la scuola e la giurisprudenza.

Il Ricci, il Giorgi e il Pugliese ne hanno esposto e confutato tutti gli argomenti, nè sentiamo il bisogno di aggiungere a quanto questi egregi scrittori hanno ragionato.

In un contratto di prestito si stabilisce, che, alla scadenza di ciascun anno, gl'interessi diventino capitali e producano dal giorno della loro esigibilità altri interessi. La Corte di appello di Bourges dichiarò valido il patto, e non applicabile la prescrizione quinquennale. Giusta il Codice italiano il patto sarebbe nullo. L'art. 1232 permette di stipulare interessi sopra gl' interessi scaduti, ma in virtù di una convenzione *posteriore* alla scadenza dei medesimi (1).

Non solo il patto degl' interessi sarebbe nullo, ma alla sca-

---

(1) Sentenza dei 21 marzo 1878, *Annali* XIII, I, 356; 11 dicembre 1880, *Circ. giur.*, XII, I, 147; Ricci, vol. 5, n. 251; Giorgi, vol. VIII, n. 32; Pugliese, vol. 2, n. 175.

denza di ciascuna annata d'interessi comincerebbe a correre la prescrizione.

Può convenirsi, che gl' interessi non scadano anno per anno ma unitamente al capitale e si paghino insieme. Questo patto non incontra il divieto di alcuna legge. Esso può giovare al debitore e al creditore, trovandovi ciascuno la sua convenienza.

Venuta però la scadenza degl' interessi, comincia la loro prescrizione quinquennale, nè sopra i medesimi sarebbero dovuti interessi, se non a mente del detto art. 1232 o con una novella convenzione o con una dimanda.

172. È ritenuto generalmente, che la prescrizione quinquennale non possa essere ammessa per gl'interessi non ancora liquidi i quali non possano essere richiesti che dopo la liquidazione. Dal dì della medesima nasce la possibilità giuridica di esigerli, e da quel dì comincia la prescrizione il suo corso. Tali sono gl' interessi legali, giusta gli art. 291, 1146, 1750, 1144, 1755, i quali non sono dovuti che dopo una giudiziale o un' amichevole liquidazione. Tali sarebbero pure gl' interessi sulle somme dovute per espropriazione di fondi per pubblica utilità (1), i quali non possono essere esatti che dopo la liquidazione del prezzo dovuto per l'occupazione.

È anche generalmente ritenuto, che la prescrizione quinquennale degl' interessi si ammette nelle relazioni tra creditore e debitore, e non già nei rapporti tra il debitore e il terzo, che li abbia per altrui conto pagati al creditore, o per obbligo di legge, come il condebitore o il fideiussore, o pure volontariamente senza che vi fosse obbligato. Il creditore ha ricevuto quello che gli è dovuto per interessi, non importandogli da chi, perchè egli non può rifiutarsi a riceverli, nè era del suo interesse rifiutarli (articolo 1238). Il terzo, che ha pagato per conto del debitore, se *ha diritto di esserne rivaluto dal debitore*, esercita un'azione di rimborso

(1) Corte di cassazione di Napoli, 25 febbraio 1878.

di una somma che per lui costituisce un capitale, derivante o dalla legge o dal quasi contratto di gestione o *de in rem verso.*

Si è opposto da alcuni, che la prescrizione quinquennale possa dedursi contro quel terzo che sia per legge surrogato nei diritti del creditore, quale sarebbe il condebitore e il fideiussore. Costoro rappresentando il creditore, il debitore può opporre a loro la stessa prescrizione, che in quel momento potrebbe opporre al creditore.

Ma si è risposto, che la surrogazione legale è ammessa nel vantaggio di colui che ha pagato, per usarne i privilegi e le ipoteche (art. 1253, 1915, 1917), oltre la quale è concessa l'azione per rimborso o per l'utile gestione o la conversione a profitto del debitore, azione che si prescrive con trent'anni (articoli 1915, 1918).

Abbiamo limitato l'azione del terzo contro il debitore per cui conto si è pagato, al caso che *ne avesse il diritto.* Come per esempio, se il terzo abbia pagato interessi, già estinti per prescrizione quinquennale, che avrebbe potuto opporre il debitore, non ha alcuna azione di regresso contro il medesimo. La quistione allora non versa sul se il debitore possa opporre la prescrizione al terzo che per suo conto ha pagato gl'interessi, ma se il terzo possa ripetere dal debitore un credito, che, essendo estinto, è stato da lui indebitamente pagato. Non vi è nè utile gestione, nè conversione del prezzo a vantaggio del debitore (1).

173. Giusta l'art. 1147, quegli che ha ricevuto il pagamento in mala fede, deve restituire tanto il capitale, che gl'interessi o i frutti dal giorno del pagamento. Egli non può opporre la prescrizione di cinque anni per gl'interessi dal giorno che indebitamente ha ricevuto il capitale, perchè non sono nè liquidi nè esigibili che unitamente al capitale dopo che se ne è conosciuto il diritto a ricuperarli. Sono d'altronde questi interessi considerati come ristoro di danni patiti per l'indebito godimento del capitale

(1) Consulta il n. 104.

ritenuto dal debitore in mala fede (1) che inclusi nel giudizio e concessi diventano capitali.

174. È opinione generalmente accettata, che i frutti e gl'interessi delle cose soggette a collazione non sono soggetti a prescrizione quinquennale (art. 1013). Il conferimento consiste nel rimettere nella massa comune la cosa ricevuta con tutti gli accessorii, e la formazione della massa è una delle operazioni principali del giudizio di divisione. Siccome l'azione di divisione non è soggetta a prescrizione, così tutti i diritti e le accessioni di essi, che necessariamente debbono comprendersi nel giudizio, non possono essere soggetti nè all'ordinaria prescrizione, nè a prescrizioni più brevi (art. 990 e seguenti). Ciò non persuade il Pugliese, il quale manifesta opinione contraria, perchè il coerede o il condomino possono richiedere prima della divisione ed anche durante la medesima, il pagamento della loro quota d'interessi. Ciò non è esatto, perchè la collazione costituisce un incidente del giudizio di divisione, nè può promuoversi che nel corso di detto giudizio ed a proprio tempo (2). L'art. 991 dispone, che ciascuno dei coeredi, a norma delle regole stabilite, conferisca tutto ciò che gli è stato donato e *cio di cui* è debitore; conferimento che secondo l'articolo precedente ha luogo dopo la stima dei mobili e degl'immobili. Un'azione distinta da quella di divisione, unicamente diretta a costringere un coerede o un condomino a conferire le cose donate e ciò di cui è debitore cogli accessorii non potrebbe essere ammessa.

175. Il compratore all'asta non può opporre la prescrizione quinquennale degl'interessi da lui dovuti sul prezzo di aggiudicazione. Egli è un depositario giudiziale, parte nel giudizio di graduazione (art. 702), il quale ha fine colla liquidazione non impugnata, o pure essendo stata impugnata, colla risoluzione definitivà delle opposizioni. Essendo tanto il prezzo che gl'interessi *res inclusae in judicio*, la prescrizione comincia a correre quando il can-

(1) Cassaz. Napoli, 24 febbraio 1874. Contra Ricci, vol. V, n. 252.

(2) Pugliese, vol. 2, n. 179.

celliere può spedire le note di collocazione, giusta l'art. 717 del Cod. di proc. Le quali note hanno forza di titolo esecutivo contro il compratore; perchè, in sua contraddizione o lui udito, si è fatta la liquidazione di quello che egli deve per capitale e per interessi.

176. L'ultima parte dell'art. 2144 ha offerto nell'applicazione maggiore difficoltà. Si prescrive .... *e generalmente tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi.*

Quel *tutto ciò*, posto in prosecuzione della specificazione delle prestazioni soggette a prescrizione, deve importare, che la natura delle prestazioni non indicate da soggettarsi alla prescrizione se non debba essere identica, almeno debba essere analoga. Il perchè è generalmente ammesso, che tutto ciò che è capitale, anche quando è pagabile a rate annuali o a periodi più brevi, è soggetto alla prescrizione ordinaria e non alla quinquennale. Invece si è ritenuto che sono soggetti alla prescrizione quinquennale:

a) Gli arretrati dei pubblici tributi. Sono una rendita che i contribuenti debbono corrispondere a rate bimestrali. Esse sono parte o del prodotto dei beni rustici od urbani o di beni mobili, o del proprio lavoro, prestazioni che non possono confondersi col capitale, ossia col diritto di riscuoterli. Cumulate impoveriscono il contribuente, e prescritte non distruggono il diritto dello Stato ad avere i tributi successivi. L'esattore rappresenta lo Stato; per cui gli si può opporre la prescrizione quinquennale.

b) Le quote annue di contributo dovute dai singoli utenti ad un consorzio d'irrigazione (1).

c) Il canone gabellario dovuto dai comuni allo Stato e da privati ai comuni. Ciò è molto controverso. Alcuni riguardano il contratto come una locazione di opera, e fra le locazioni di opera lo classifica il Codice. Altri lo ritengono come una vendita del diritto di esigere il dazio, a tutto rischio e pericolo del concessionario. Dalla diversità della definizione nasce la discordia intorno alla prescrizione.

(1) Corte di cassaz. di Napoli, 25 novembre 1866, 19 luglio 1877.

d) Gli stipendii dei maestri comunali, essendovi analogia tra il prezzo della locazione dei beni e il correspettivo della locazione di un'opera.

e) Le congrue parrocchiali.

f) La tassa di ricchezza mobile che per patto il debitore si obbliga di pagare pel creditore.

g) Le rate semestrali dovute all'Istituto di credito fondiario per mutuo contratto collo stesso non sono soggette a prescrizione quinquennale, ma solo gl'interessi sulle rate medesime. L'art. 2144 si riferisce ai valori prodotti, non ai produttori di questi valori, ai pagamenti di una stessa natura, non di una natura diversa (1).

h) Gli usi civili non si prescrivono; essendo indeterminati si esercitano secondo il bisogno (2).

Non sono a confondersi i frutti dovuti dal possessore di un immobile, con gl' interessi o in danaro o in derrate dovute sopra somme di danaro, o con altre prestazioni prediali; essendo la prescrizione quinquennale del tutto estranea alle relazioni tra il proprietario e il possessore di mala fede.

177. Si prescrivono con cinque anni le azioni del condividente, cui è stata assegnata una rendita, contro gli altri condividenti per la garentia della solvenza del debitore assegnato a computare dal dì della divisione (art. 1037).

178. Le azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni sociali qualora sieno state regolarmente eseguite le pubblicazioni (art. 919 Cod. di comm.).

Il termine decorre dal giorno della scadenza dell' obbligazione, o dal giorno della pubblicazione dell' atto di scioglimento di società o dalla dichiarazione di liquidazione, se l' obbligazione non è scaduta.

Lo scioglimento della società prima del termine della sua durata non avendo effetto rispetto ai terzi, se non sia trascorso un

---

(1) Cassazione di Napoli, 19 dicembre 1891.

(2) Cassazione di Napoli, 8 novembre 1868.

mese dopo la pubblicazione dell'atto di scioglimento (art. 103), da tale giorno comincia il termine per la prescrizione.

Per le azioni derivanti dalla liquidazione della società, il termine decorre dall' approvazione del bilancio finale dei liquidatori.

L'art. 229 del Cod. di comm. sottopone le società civili che assumono le forme delle società per azioni, alle disposizioni del Codice di commercio, eccettuate quelle che riguardano il fallimento e la *competenza*. L'esenzione dalle regole di competenza dimostra, che la società civile resti tale, sebbene abbia assunta la forma commerciale. per cui le azioni che si promuovono contro di lei, dipendenti dalla società e che essa promuove contro i terzi e quelle dei socii fra loro, come puramente civili, son regolate in quanto alla prescrizione dal Codice civile.

179. Le azioni derivanti dalle cambiali e dagli assegni bancarii si prescrivono in cinque anni (art. 919 Cod. di comm.).

Il termine incomincia dalla scadenza dell' obbligazione, e, se la cambiale è tratta a certo tempo vista per l'accettazione giusta l'art. 261, il termine comincia dall'ultimo giorno per l'accettazione.

Dalla cambiale nascono due azioni; l'una diretta e principale del possessore del titolo contro l'accettante della cambiale tratta, contro l'emittente del pagherò o vaglia cambiario, e contro l'avallante della firma dell'uno o dell'altro; e l'altra di regresso contro i giranti, traente ed avallante di alcuno di essi.

La prima è governata dall'art. 919.

La seconda di regresso è regolata dall' art. 325, che stabilisce un termine entro il quale si decade dall' azione, termine perentorio (1).

---

(1) È grave quistione, se l'art. 919 sia comune anche a coloro che abbiano la sola azione di regresso. Se si decade dall'azione di regresso, non si può applicare ad essi l'art. 919, essendo estinta l'azione. E se l'azione di regresso si è conservata mediante l'azione istituita nel termine, e questa vien meno, perchè o dichiarata nulla o perenta o rigettata, non si può più rinnovare, perchè il termine nel quale doveva istituirsi, essendo perentorio, è già decorso. Ma l'esame profondo di tale importante quistione eccede i limiti del nostro argomento. Consulta il n. 82.

Quale è la natura dell' azione contro il traente se la cambiale *non è accettata?*

L' opinione ricevuta, che contro il traente competa un' azione di regresso, non la diretta e principale si dimostra: 1º perchè è necessario il protesto; 2º perchè la cauzione cui son tenuti il traente ed i giranti, tien luogo dell' obbligazione personale del trattario non accettante (art. 310); 3º perchè gli art. 310, 385 e 326 trattano l' azione contro il traente come azione di rivalsa.

Se la cambiale è domiciliata giusta l' art. 316 Cod. di comm., l' azione contro l' emittente o l' accettante, ai quali si deve fare il protesto, è di regresso, non diretta e principale. La seconda parte dell' art. 326 lo dimostra chiaramente, essendo inutile la semplice azione per indebito arricchimento quando vi fosse l' azione diretta. Gli articoli 320 e 322 mentovano l' azione di regresso solo contro il girante ed il traente, perchè non è frequente il caso della cambiale domiciliata; ma ciò non esclude, che non si debba applicare all' accettante ed emittente quando non sono considerati come direttamente obbligati.

L' articolo 326 Cod. di comm. stabilisce, che non ostante la decadenza dell' azione cambiaria, il traente resta obbligato verso il possessore della cambiale per la somma per la quale egli trarrebbe indebito profitto a danno del possessore stesso. Il che si applica anche all' accettante di una cambiale tratta ed all' emittente di un pagherò o vaglia cambiario nel caso di una cambiale domiciliata giusta l' articolo 316.

È viva quistione, se cotesta azione sia soggetta a prescrizione quinquennale.

A noi pare di sì. L' articolo 919 è scritto in termini generali, dichiarando prescriversi col decorso di cinque anni le azioni derivanti dalle cambiali e dagli assegni bancarii; e l' azione concessa dall' articolo 326 non deriva che dalla cambiale.

Ciò è anche confortato dall'articolo 261, nel quale si stabilisce, che la cambiale tratta a certo tempo vista deve essere presentata per l'accettazione entro un anno dalla data, altrimenti il possessore decade dall'azione di regresso. Nel quale caso, non potendo sperimentare l'azione di regresso, nè competendogli l'azione diretta perchè la cambiale non è stata accettata, il possessore non può usare altra azione che quella, detta di arricchimento indebito, concessa dall'articolo 326. Ora l'articolo 919, che stabilisce la prescrizione quinquennale, evidentemente vi comprende cotesta azione promanante dagli articoli 261 e 326, perchè fissa il termine, nel quale deve avere incominciamento la prescrizione (1).

180. Il possessore di una nota di pegno oltre l'azione reale pignoratizia per la vendita del pegno, ha due azioni personali, l'una diretta e principale contro il debitore ed i giranti della fede di deposito, e l'altra di regresso contro i giranti della nota di pegno. L'azione diretta o principale si prescrive con cinque anni, giusta l'art. 919 relativo alle cambiali. L'azione di regresso si estingue, se il possessore non fa il protesto pel mancato pagamento e se entro quindici giorni dal medesimo non fa istanza per la vendita del pegno (art. 475 Cod. di comm.).

181. Si prescrivono con cinque anni le azioni per esazione delle tasse sulle successioni, compresa in esse la pena pecuniaria dovuta per aumento di tassa e sulle dotazioni non denunziate (articoli 123 e 126 del regio decreto dei 13 settembre 1874, testo unico delle Leggi sulle tasse di registro).

Il termine incomincia dal giorno dell'apertura della successione e di presa di possesso di cappellanie e benefizii.

Per le successioni aperte all'estero e per i benefizii e le cappellanie aventi sede fuori dello Stato, la prescrizione decorre da

---

(1) *For. ital.*, 1892, p. 433; Corte di cass. di Torino, 18 marzo 1892, con nota dell'avv. Manara.

giorno, in cui l'uffizio al quale dovevasi fare la dichiarazione, abbia potuto, col mezzo di documenti ad esso presentati, venire in cognizione dell'apertura della successione o della presa di possesso del benefizio o della cappellania.

Gli art. 127 e seguenti della legge contengono regole per la interruzione della prescrizione le quali sono o un mero ricordo del Diritto comune o che ne fanno un'applicazione.

182. Si prescrivono col decorso di cinque anni le pene pecuniarie per ragione di contravvenzioni alle leggi di bollo dal giorno della commessa contravvenzione. Ma la prescrizione non rende nè servibili nè producibili gli atti scritti in contravvenzione senza lo effettivo pagamento della tassa e multe dovute (art. 54 del Regio Decreto dei 13 settembre 1874, testo unico delle Leggi su tasse di registro).

183. È nata quistione intorno alla prescrizione del diritto di esazione delle somme pagate per imposta, delle quali si è decretato il rimborso contenuto nei buoni di rimborso.

Le diverse leggi tributarie hanno stabilito termini brevissimi per fare e produrre le domande di sgravio delle imposte, ma non hanno stabilito alcun termine per esigere le somme, delle quali si è decretato il rimborso. Non bisogna confondere il giudizio amministrativo per l'esame del se sia dovuto lo sgravio coll'esecuzione del decreto, che lo sgravio ha disposto. Pel primo sono disposti termini e procedure che non possono trovare applicazioni pel secondo. Colla domanda di rimborso non si fa che sperimentare una *condictio indebiti* ai termini dell'art. 1145, e quando essa è stata ammessa ordinandosi il pagamento, l'azione per esigerlo non può essere soggetta che alla prescrizione di trent'anni.

Questa opinione è oggi seguita dall'amministrazione delle imposte (1).

---

(1) Quarta, *Studio sulla legge dell'imposta di ricchezza mobile*, p. 1796, vol. 2.

184. Da ultimo non vogliamo omettere di notare, che i cinque anni debbono computarsi dal dì della domanda giudiziale, o da altra interruzione legale, risalendo fino a compiere il quinquennio; quelle che precedono il detto quinquennio sono prescritte.

Sostenevasi innanzi la Corte Suprema di Napoli, che le annate di vitalizio, decorse sino alla morte del vitaliziante non fossero prescritte, perchè la sua morte fosse interruttiva per gli eredi, facendole divenir capitale. La Corte a 26 giugno 1847 (1) si espresse così:

Contro il vitaliziante tante annate si prescrivono per quanti quinquennii non interrotti, da computarsi dalla domanda, precedono l'annualità che si vuole prescritta e non già che si prescrivono tutte le cinque annualità incluse nel quinquennio. Insomma ogni annualità dà luogo ad un' azione, la quale dura cinque anni, e si prescrive col decorso di questi, mancando l' interruzione. La morte del vitaliziante non è atto interrompente o sospensivo della prescrizione. La morte non ne muta la natura.

Essendo questa specie di prescrizione venuta col Codice Napoleone nelle nostre province si è giudicato che le autorità anteriori alla sua pubblicazione (1809), sono soggette alla prescrizione di trent' anni e le posteriori alla quinquennale, e lo notiamo, perchè sebbene siano già trascorsi circa ottantuno anno non pertanto non è mancato di doversi dar parere su tale quistione per le interruzioni fatte in conformità della legge.

185. Si prescrivono col decorso di tre anni:

Le azioni derivanti dai contratti di prestito marittimo, o di pegno della nave dal giorno della scadenza dell' obbligazione (articolo 920 Cod. di comm.).

I cancellieri ed i curatori sono liberati dal render conto dei libri di commercio e delle carte che ricevono nella procedura di fallimento, dopo trascorsi tre anni dalla chiusura o dalla cessazione delle operazioni di essa (art. 921 Cod. di comm.).

Tre cose son da notare. La prima che questo articolo deve

(1) Albisinni, tom. 6, p. 278.

applicarsi alla prescrizione della restituzione dei libri di commercio e delle carte ricevute dai cancellieri nella procedura di fallimento, mentre la prescrizione per la restituzione delle carte e dei titoli relativi ad ogni altro affare commerciale va regolata dall' articolo 2143 del Cod. civ. La seconda , che non si possa deferire il giuramento al cancelliere, come si permette nel caso dell' articolo 2143. E la terza si è che sebbene col decorso di tre anni si estingua l'azione personale, resta viva l'azione revindicatoria delle carte e dei libri secondo i principii del Diritto comune.

186. Si prescrive nel termine di due anni l' azione del proprietario o del possessore della cosa mobile per riavere la cosa derubata o smarrita in conformità degli articoli 708 e 709 (articolo 2146).

Per comprendere questo articolo in tutta la sua virtù ed estensione è necessario intrattenerci ad esaminare gli art. 707, 708 e 709 che fan parte del titolo relativo al possesso.

L'art. 707 dice: Riguardo ai beni mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l' effetto stesso del titolo. Questa disposizione non si applica alla università dei mobili.

Un primo limite della disposizione è nella qualità dei mobili ai quali si riferisce. Vi sono compresi i soli beni mobili per loro natura, quelli cioè definiti dall'articolo 417, ed i titoli al portatore, esclusi tutti gli altri che tali sono per determinazione della legge. Ne sono esclusi espressamente anche le università di mobili. Che s'intende per università di mobili?

L'università di mobili può essere di diritto e di fatto. L' università di diritto è il complesso dei beni mobili del defunto dei quali il possesso passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione (art. 925). A questa università di diritto non si applica l'art. 707.

Dicesi università di fatto l'aggregato di più cose distinte, ma

congiunte con un nesso meramente ideale, come per esempio un gregge, una biblioteca e simili.

Quando l'università di fatto si compone di beni mobili tali per loro natura, non vi è ragione dal non comprenderla nella disposizione dell'articolo, riguardando il possessore non come possessore di una università, ma come possessore di ogni singolo oggetto, che solo idealmente connesso con altri è specificato con un nome comune. Così il possessore di un gregge può riguardarsi come possessore di ogni singolo capo che ne è parte, nè cessa di esser tale sol perchè non ne possiede un solo, ma molti della stessa natura. La denominazione comune non può produrre l'effetto che non si riguardi come possessore di ogni singolo oggetto, l'uno distinto dall 'altro, cioè di beni mobili tali per loro natura.

Il secondo limite è, che l' articolo intende regolare i rapporti tra il possessore di buona fede ed il terzo, cioè l' azione reale che il terzo intenda esercitare contro il possessore di buona fede di un bene mobile tale per sua natura o di un titolo al latore. L' azione reale contro il possessore di mala fede e l'azione personale contro il possessore di buona o di mala fede son regolate da principii comuni di diritto.

Chiunque, secondo l' articolo 707, è possessore di buona fede, di una cosa mobile di sua natura o di titolo al portatore può opporre al terzo che la richiede, come *titolo*, il suo possesso di buona fede. Il solo possesso accompagnato dalla buona fede è *justa causa possidendi*, è titolo legittimo di acquisto di proprietà, che è preferito a qualunque titolo possa produrre il terzo reclamante.

Quale è la ragione di questa disposizione?

La proprietà dei mobili, tali per loro natura, e dei titoli al portatore ordinariamente si trasferisce colla consegna, senza altro titolo di trasmissione, nè l' acquirente può essere costretto ad esaminare se il possessore sia non sia l' effettivo proprietario. Il solo possesso, ossia la detenzione materiale, accompagnato dalla buona

fede è prova della seguita trasmissione. Il possessore che ha trasmesso colla consegna la proprietà del mobile, è riguardato come proprietario, sebbene tale non sia, anche quando sia possessore di mala fede, e chi ha ricevuto il possesso dal possessore credendolo proprietario, si reputa di esserne divenuto proprietario pel solo fatto, che si trova nel possesso purchè sia di buona fede.

Questo sistema diverso dal Diritto romano *praecipue commerciorum jure sustentatur*, come bellamente e chiaramente si fa ad illustrarlo e giustificarlo il Voet (1).

E da ultimo, perchè non lasci il chiarimento della lettera e dello spirito dell'articolo cosa a desiderare, si nota, che il possesso deve essere *reale*, *effettivo*, non già consistente nel solo animo e senza tradizione reale ed effettiva (art. 1463). Ciò si rileva ancor meglio dall'articolo 1126, nel quale è stabilito, che tra due compratori dello stesso mobile per natura o di titolo al portatore è preferito non chi ha comprato il primo, ma colui a cui sia stato dato il *possesso* e sia di buona fede, e qui per *possesso* non può intendersi il simbolico, ma il reale, l'effettivo, la detenzione della cosa.

L'articolo 708 fa un'eccezione al principio dell'articolo 707. Colui, che ha smarrita la cosa o che ne fu derubato, *può ripeterla* da quello presso cui si trova, salvo a questi il regresso per indennità contro colui, dal quale l'ha ricevuta. La quale disposizione si compie dall'articolo 2146 già sopra trascritto, che assegna all'azione la durata di due anni.

Nell'interpetrazione di questi due articoli son surte non poche difficoltà.

Compete l'azione nel caso di furto propriamente detto od anche di truffa, di appropriazione indebita?

È opinione prevalente, che l' azione competa al solo *derubato* e non al *truffato*, perchè non può il derubato esser notato di colpa, mentre nel truffato si trova la prima occasione della truffa che si poteva evitare. Ma, checchè sia di ciò, la legge concede l' azione

(1) *Pandect.*, Lib. VI. tit. I, n. 13.

al derubato e non ad altri, ed una disposizione speciale non può essere estesa ad altri casi.

Che specie di azione è quella che compete a chi ha smarrita la cosa e gli è stata derubata?

È una quistione che risoluta nell' un modo o nell' altro opera necessariamente sulle condizioni essenziali per l' ammissione dell'azione.

Che sia reale l'azione è cosa di cui non si può muover dubbio perchè è data al terzo cui fu rubata la cosa o l'ha smarrita contro il possessore che non ha avuto con lui alcuna relazione personale. Ma non pare che possa qualificarsi assolutamente come azione revindicatoria nel senso, che richieggasi la dimostrazione nell'attore, almeno di un possesso legittimo, cioè possesso che si abbia *animo domini*, escludendosi così il possessore a titolo di pegno, di deposito, di *comodato*, che hanno la detenzione della cosa ma per conto altrui. L'articolo 2146 usa la espressione di *possessore* senza alcuna qualificazione e gli dà l'azione di *riavere* la cosa, cioè di farla ritornare nel suo possesso; e l' articolo 708 concede l' azione a chi ha smarrita la cosa o che ne fu derubato; non richiede dunque altra dimostrazione che quella del furto o dello smarrimento, e l'azione è diretta a *riaverla*, non a *revindicarla*. Se a ciò si aggiugne, che nel senso lato anche il creditore pignoratizio, il comodatario, il depositario son possessori per sè, per esercitare sulla cosa un diritto proprio che loro è stato conceduto e finchè dura la concessione, diverso però da quello di proprietà, e che hanno interesse e quindi diritto a farlo valere in giudizio, si avrà la prova, che colui, il quale istituisce l'azione per riavere la cosa smarrita o di cui fu derubato, debba solo provare, che la cosa era in suo possesso, qualunque esso sia quando avvenne lo smarrimento o il furto. Egli può avere l'interesse a riaverla per far continuare il pegno, il comodato e il deposito, e per esimersi da ogni responsabilità verso il debitore pignorante, il comodante e il deponente.

Altra quistione è nata sull' estensione dell' articolo 708, se

l'azione si riferisca non solo al bene mobile per sua natura, ma anche al titolo al portatore.

L'articolo 707 non usa la voce *cosa*, *ma beni mobili per loro natura, e titoli al portatore.* L'articolo 708 non ripete le due espressioni, ma adopera la parola *cosa*, di significato larghissimo; e la voce *cosa* nell'articolo seguente dove si parla di *negozianti che facciano spaccio di simili oggetti* pare sia stata adoperata per esprimere anche i titoli al latore.

Il Ghironi censura le Corti di Napoli e di Torino che restrinsero l'azione ai soli mobili per natura, escludendone i titoli al portatore. Il Vidari, per contrario, diceva che i titoli al latore, mutano di valore ad ogni istante, ed il commercio avendo bisogno di tranquillità e di sicurezza, sarebbe stato molto dannoso per i commercianti concedere l'azione di revindicazione.

Il Codice di commercio, pubblicato dopo queste polemiche, ha l'articolo 57 così concepito: La revindicazione dei titoli al portatore smarriti o rubati è ammessa soltanto contro colui, che li ha trovati o rubati, e contro coloro che li hanno ricevuti per qualunque titolo conoscendo il vizio della causa del possesso.

Questo articolo deve ritenersi come un'autentica interpretazione dell'articolo 708, e par che debba far cessare tutte le dispute.

La espressione *revindicazione* non ci ha fatto per verità buona impressione, ma essa è presa in senso lato per azione diretta a riavere, a ripetere, a ricuperare la cosa che si deteneva, smarrita o derubata.

Da qual tempo la prescrizione comincia il suo corso?

Il Codice francese nell'articolo 2279 dice: « da computarsi dal giorno della perdita o del furto ».

Il Codice italiano ha omesse queste parole e crediamo, perchè inutili. La prescrizione prende il suo corso dal dì, in cui nasce l'azione, tanto più che la prescrizione è estintiva, non acquisitiva. Dopo i due anni dal furto o dallo smarrimento, chi è possessore della cosa in buona fede, qualunque tempo abbia durato il suo possesso, sia anche di un giorno, è esente da ogni molestia.

187. Si prescrivono col decorso di due anni dal giorno della conchiusione dell' affare le azioni dei mediatori pel pagamento del diritto di mediazione.

Si prescrivono nel termine stesso le azioni di annullamento o di risoluzione del concordato nei fallimenti. Il termine decorre, per l' azione di annullamento, dal giorno della scoperta del dolo, e per l' azione di risoluzione, dalla scadenza *dell'ultimo pagamento da farsi dal fallito secondo il concordato.*

La risoluzione può essere collettiva od individuale e il tempo dal quale la prescrizione dell'una o dell'altra comincia il suo corso è chiarito dall' articolo 843, cioè la prescrizione comincia il suo corso dal dì che l' una o l' altra azione *possa* essere istituita (art. 922).

188. Si prescrivono col decorso di un anno, dal giorno della protesta o del richiamo indicati nell' articolo 665, le azioni di risarcimento dei danni cagionati dall' urto di navi; e col decorso di un anno dal giorno del compiuto scaricamento le azioni per contribuzione di avaria comune (art. 923, Cod. di comm.).

Ma la protesta o il richiamo indicato dall' articolo 665 non è richiesto agl' interessati, che non si trovavano sulla nave o non erano in grado di manifestare la loro volontà. Nel qual caso da qual tempo comincia il corso la prescrizione? L' anno deve correre egualmente e per chi è obbligato a far la protesta o il richiamo e per chi non vi è obbligato; e pel primo comincia a correre dal dì della protesta o del reclamo, pel secondo comincia il suo corso dall' ultimo giorno entro il quale avrebbesi dovuto far l'una o l'altro e che non si è fatto per l' impossibilità di farlo.

Lo scaricamento non dev' essere di tutta la merce, ma in relazione a ciascuno dei destinatarii. Esso può esser compiuto in luogo e tempo diverso, e l' azione dell' uno non può essere ritardata da quella dell' altro; anzi se ad un solo destinatario sono spedite partite distinte di merci dipendenti da diversi contratti, la prescrizione comincia il suo corso dallo scaricamento di ciascuna di esse.

E se si è fatto getto di tutta la merce, da qual tempo comincia la prescrizione? La legge non provvede. A noi pare, che cominci dal giorno, nel quale lo scaricamento avrebbe potuto o dovuto eseguirsi (art. 658, Cod. di comm.).

189. Si prescrivono col decorso di un anno dalla fine del viaggio le azioni derivanti dal contratto di noleggio dirette e contrarie.

E fine del viaggio non è sempre la destinazione ultima della nave, ma deve essere determinato in relazione di ciascun contratto di noleggio (1).

Si prescrivono anche col decorso di un anno le azioni derivanti dal contratto di arruolamento, a computare dalla scadenza del termine convenuto, o dalla fine dell' ultimo viaggio, se il contratto è stato prorogato (art. 924, Cod. di comm.).

Possono avverarsi ipotesi non prevedute in detto articolo. Può avvenire, che la durata dell' arruolamento non sia prefissa (art. 525); o che il viaggio non possa intraprendersi o non possa compiersi per alcune delle cause indicate negli articoli 529 e 530. Le azioni cui dan luogo, derivando dal contratto di arruolamento, son regolate dall' articolo 924. Ma quale è il momento iniziale della prescrizione? Secondo il Vidari, il concetto della legge è questo: l' anno comincia a decorrere dal giorno, in cui per qualunque causa o l' una o l' altra persona cessò di servire la nave, dovendosi da quel momento intendere cessato o rotto il contratto. Alla quale opinione noi ci associamo.

190. Si prescrivono col decorso di un anno le azioni derivanti dal contratto di assicurazione (art. 924), le quali nelle assicurazioni marittime son due, d' avaria o di abbandono, l' una incompatibile coll' altra, di guisa che scelta l' una azione non si può far ricorso all' altra.

---

(1) La Corte di cassazione di Napoli con sentenza degli 8 aprile 1891 non ha creduto applicabile questa breve prescrizione al contratto di trasporto indicato nell' articolo 388 che è ben distinto dal contratto di noleggio.

Il termine per l'esercizio di queste due azioni decorre dal compimento del viaggio assicurato, e per le assicurazioni a tempo dal giorno, in cui finisce l'assicurazione; in caso di presunzione di perdita della nave per mancanza di notizie, l'anno comincia alla fine del termine stabilito per la presunzione di perdita. Sono sempre salvi gli altri termini stabiliti per l'abbandono nel titolo VI del libro secondo.

Nelle altre assicurazioni contro i danni e sulla vita il termine decorre dal momento, in cui avviene il fatto da cui deriva l'azione.

Non ostante la generalità dell'articolo relativo alla prescrizione delle azioni derivanti dalle assicurazioni terrestri, è controverso, se riguardi la prescrizione della sola azione spettante all'assicurato, o anche quella dell'assicuratore contro del medesimo.

Il fondamento di tale distinzione è nel seguente ragionamento: La prescrizione comincia dal fatto, da cui deriva l'azione, cioè il sinistro che fa nascere l'azione dell'assicurato contro l'assicuratore, ed è conveniente che il medesimo sia accertato in un breve termine. Il premio e le scadenze delle rate sono stabilite nel contratto; sono certe e non vi è ragione di restringerne l'esercizio in un breve termine (1).

Ma si osserva in contrario, che ciò è far la legge, non interpetrarla. L'articolo stabilisce, che le azioni derivanti dal contratto di assicurazioni si prescrivono col decorso di un anno: le azioni son due, dell'assicurato contro l'assicuratore e dell'assicuratore contro l'assicurato: dunque entrambe si debbono prescrivere col decorso di un anno.

Il cominciamento della prescrizione è dal momento in cui *avviene il fatto da cui deriva l'azione*, ed il fatto, da cui deriva l'azione dell'assicurato contro l'assicuratore, è il sinistro, e il fatto, da cui deriva l'azione dell'assicuratore contro l'assicurato è quello

---

(1) Corte di cassaz. di Torino, 22 dicembre 1888, 5 giugno 1889, 20 aprile 1891.

della scadenza del premio e di ciascuna rata di esso. La incertezza del sinistro, e la certezza della scadenza del premio ha originato l'uso di espressione che comprende nella sua generalità l'uno e l'altro avvenimento. Al pagamento delle rate di premio è destinato il reddito annuo, ed era conveniente abbreviare in materia commerciale il termine dei cinque anni stabilito per ogni pagamento periodico ad anno o a termine più breve dall'articolo 2144.

Da ultimo non pare conveniente, che l'azione dello assicuratore marittimo contro l'assicurato debba prescriversi pel decorso di un anno, e quella dell'assicuratore terrestre in cinque anni (1).

Si è dubitato, se la prescrizione di un anno si applichi quando l'assicurazione siasi fatta colla forma di un'associazione mutua, o pure debba l'azione durare cinque anni secondo che stabilisce l'articolo 919 per le azioni derivanti dal contratto di società. Ma la ragion del dubbio sparisce, se si consideri, che *in toto jure generi per speciem derogatur*, e che vi concorrono le stesse ragioni, essendo indifferente cosa che il premio sia dovuto piuttosto ad una società mutua, che ad una società anonima.

Si prescrivono col decorso di un anno:

a) Le azioni derivanti dalle somministrazioni di vettovaglie, di legnami, di combustibile, e di altre cose necessarie alle riparazioni o all'allestimento della nave in viaggio, o dalle opere prestate per gli oggetti stessi (art. 925).

b) Le azioni derivanti da somministrazioni di alimenti ai marinai ed alle altre persone dell'equipaggio d'ordine del capitano (art. 925).

Il termine decorre dalla data delle somministrazioni e dalla prestazione delle opere, se non è convenuta una dilazione. In questo caso la prescrizione rimane sospesa durante la dilazione convenuta.

---

(1) Pugliese, vol. 2, n. 352.

Se le somministrazioni o le prestazioni d' opera sono continuate per più giorni di seguito, l' anno si computa dall' ultimo giorno.

191. Le azioni contro il vettore derivanti dal contratto di trasporto si prescrivono:

a) Col decorso di sei mesi, se la spedizione fu fatta in Europa, eccettuata l' Irlanda e le isole Feroe, in una piazza marittima dell' Asia e dell' Africa sul Mediterraneo, sul mar Nero, sul canale di Suez o sul mar Rosso, ovvero in una piazza interna congiunta ad una delle marittime anzidette mediante strada ferrata.

b) Col decorso di un anno, se la spedizione fu fatta in altro luogo.

Il termine decorre, in caso di perdita totale, dal giorno in cui le cose da trasportarsi avrebbero dovuto giungere alla loro destinazione, e in caso di perdita parziale avaria o ritardo dal giorno della riconsegna.

Non enumeriamo tutte le prescrizioni derivanti da leggi speciali, rinviando alle medesime, limitandoci ad indicarle.

a) Art. 11, 24, 57, 89, 124, 125, 126. Legge sulla tassa di registro (testo unico) 13 settembre 1874.

b) Art. 54, 67, 73. Legge sulle tasse di bollo e registro 13 settembre 1874 (art. 52 del regolamento, 25 settembre 1874).

c) Art. 26, 27 della legge 8 giugno 1874 sulle tasse di assicurazioni e contratti vitalizi.

d) Art. 14 della legge 13 settembre 1874, per le tasse sui redditi dei Corpi morali, e degli Stabilimenti di manomorta.

e) Art. 17 della legge 13 settembre 1874, sulle tasse ipotecarie.

f) Art. 21 del R. D. 23 aprile 1878 (regolamento per l' abolizione del corso forzoso rispetto alle tasse applicabili agli assegni bancarii).

g) Art. 4, R. D. 30 maggio 1878, che modificò il regolamento

del dì 11 settembre 1862 relativo ai dazii doganali (art. 12, legge 3 luglio 1864) relativo ai dazii di consumo non modificata dal regolamento fatto con pieni poteri, 25 giugno 1870 (art. 23), prevede altra prescrizione.

h) Art. 52, 53, 59 legge 24 agosto 1877, sopra i fabbricati e R. D. regolamento, 24 agosto 1877, (art. 53, 110, 112).

i) Art. 587, R. D. regolamento di contabilità dello Stato del 4 maggio 1885 in relazione alla legge del 17 febbraio 1884 relativo ai Buoni del tesoro.

l) Art. 408 del regolamento di contabilità 4 maggio 1885, che richiama l'articolo 30 della legge, 14 aprile 1864, relativo alle pensioni (art. 31 della legge). Per le annualità future corre la prescrizione di 30 anni; Corte dei conti 28 febbraio 1879 (*Foro*, V, 3, 84).

m) Art. 1, legge 9 marzo 1871, Mantellini, 11, p. 491, relativa agli stipendii ed altri assegni fissi a carico dello Stato (articolo 32 legge 17 febbraio 1884, regolamento 4 maggio 1885).

n) Art. 10, legge 27 maggio 1875, relativo ai libretti di deposito nelle Casse postali.

192. Fra le prescrizioni brevi ve ne sono alcune che gli scrittori italiani chiamano *improprie* o *presuntive*, perchè fondate sulla presunzione di pagamento.

Vi sono obbligazioni, le quali non risultano, d'ordinario, da pruova scritta: si contraggono verbalmente, consistendo per lo più in prestazioni di opere e verbalmente si estinguono, senza chiedersi alcuna quietanza.

Si presume che, dopo decorso un certo tempo, sia avvenuta la estinzione dell'obbligo per pagamento.

Questa specie di prescrizione era ignota al Diritto romano. La introdussero in Italia gli statuti di Roma, Pisa, Como, Venezia, Bologna, Ferrara, Lucca ed altri, e nelle Regie costituzioni piemontesi

ve n'è una del Re Vittorio Amedeo che vi si riferisce. I paesi di Francia ebbero anche i loro statuti, relativi a ciò. Ed il Codice francese li ha raccolti, ordinandone le disposizioni.

Il Codice italiano ha arrecato non pochi miglioramenti al Codice francese, dei quali faremo nota speciale, affinchè non si sbagli nell'interpetrazione e nell'applicazione, accogliendo dottrine della scuola francese, derivanti dal suo Codice, e che il Codice italiano ha o mutate, o chiarite o rese complete.

Notiamo innanzi tutto, che nè il Codice di commercio italiano nè le altre leggi speciali riconoscono prescrizioni improprie o presuntive, tali essendo solamente quelle espresse nel Codice civile. Il che non sappiamo se sia stato un progresso o un regresso, specialmente per alcune brevi prescrizioni ammesse dal Codice di commercio, relative ad azioni che hanno la stessa natura di quelle per le quali il Codice civile le ha ammesse per presunzione di pagamento.

193. L'articolo 2272 del Codice francese è concepito così: L'azione dei patrocinatori pel pagamento delle loro spese e salarii si prescrive col decorso di due anni, da computarsi dalla decisione delle liti, o dalla conciliazione delle parti, o dalla rivocazione dei detti patrocinatori. Riguardo agli affari non terminati, essi non possono domandare di essere soddisfatti delle spese e salarii da tempo maggiore di cinque anni.

Invece l'articolo 2140 del Codice italiano è scritto così: Si prescrivono col decorso di tre anni le azioni.... Degli avvocati, procuratori alle liti ed altri procuratori, per il pagamento delle loro spese, e dei loro onorarii. I tre anni si computano dalla decisione della lite, o dalla conciliazione delle parti, o dalla rivocazione del mandato: riguardo agli affari non terminati, essi non possono domandare di essere soddisfatti delle spese e degli onorarii di cui fossero creditori, da tempo maggiore di cinque anni.

La differenza tra l'articolo del Codice francese e l'italiano è

notevole non solo pel prolungamento del corso della prescrizione, ma per averla estesa agli avvocati ed a tutti coloro che rappresentano le parti nelle liti, sebbene non siano annotati fra i procuratori legali.

Sarà dunque la prescrizione applicabile anche ai mandatarii *ad lites*, che rappresentano le parti presso le preture.

La prescrizione si estende alle spese ed agli onorarii.

Che s' intende per spese?

Sono diverse le consuetudini dei fori d' Italia. In alcuni luoghi le parti si dirigono ai procuratori, i quali scelgono gli avvocati; in altri sono gli avvocati, cui s' indirizzano le parti che scelgono i procuratori. Vanno sotto nome di spese tutte quelle che hanno fatto i procuratori o gli avvocati per compilazione di atti, copie, intimazione e registro di atti di uscieri o di cancelleria, copie di sentenze, iscrizione nella conservazione delle ipoteche, pagamento di vacazioni od onorarii, in somma tutte quelle spese, le quali l'avvocato o il procuratore ha, per cagion della lite, dovuto o voluto anticipare.

Prima della pubblicazione del Codice italiano facevasi dubbio, se il procuratore, che anticipasse l' onorario all' avvocato o l' avvocato che avesse anticipato le spese al procuratore, avessero l'azione *mandati* contro la parte da durare trent' anni.

E ritenevasi l' affermativa, perchè l' azione dell' avvocato per la ripetizione delle spese ed onorarii non si prescriveva che con trent' anni. Oggi ogni dubbio deve cessare; perchè o che l' avvocato anticipi egli tutte le spese, o che le anticipi il procuratore, l' uno o l' altro hanno l' azione *mandati* contro il proprio cliente, che si estingue col decorso di tre anni.

Si è dubitato, se l' azione degli avvocati per il pagamento degli onorarii dovuti per consultazioni, regolamenti di contratti od altri negozii che non sono estranei al loro ufficio di avvocati, sia soggetta alla speciale prescrizione di questo articolo.

La Corte di cassazione di Napoli ha ritenuto, che l'azione degli avvocati per la ripetizione delle spese e degli onorarii loro dovuti per ufficio proprio dell'avvocato è soggetta alla breve prescrizione stabilita dall' articolo. Ministero dell' avvocato non è solo quello di dirigere il corso di una lite ed arringare all'udienza, ma di dar consultazioni e pareri, regolare la compilazione dei contratti e consigliare le parti in tutti quei negozii dai quali possono scaturire relazioni giuridiche. Per i quali negozii loro spetta un onorario, il quale è liquidato dal Consiglio dell' ordine degli avvocati.

La ragione della legge è identica, nè l' articolo fa distinzione, soggettando in genere alla prescrizione l'azione pel pagamento delle spese e degli onorarii dovuti agli avvocati ed ai procuratori.

Alcuni han creduto trovare un limite nel corso dell' articolo, nel quale determinandosi il termine *a quo* cominci la prescrizione, questo si riferisce alla sola lite pendente o terminata. Ma si è risposto, che dall' omissione del termine *a quo* non si può dedurre, che l' azione debba esentarsi dalla prescrizione.

Si aveva da stabilire il cominciamento del corso della prescrizione nella trattazione delle liti, perchè si voleva derogare alle regole comuni, facendosi delle distinzioni. Invece per la trattazione degli altri negozii non poteva sorgere difficoltà intorno al nascimento del diritto di agire (1).

La Corte di rinvio ha accettato la dottrina della Corte di cassazione.

La prescrizione è di tre anni dal dì in cui la lite è stata decisa, o dalla conciliazione delle parti o dalla rivocazione del mandato. Lo stesso è a dire se l' avvocato o il procuratore si sono volontariamente dimessi o pure han cessato dai loro ufficii, o son morti.

Quando la lite si dice decisa? Non si possono dare regole ge-

---

(1) Cassaz. di Napoli, 1 dicembre 1890; Pugliese, vol. 2, n. 231.

nerali, dovendosi aver riguardo ai termini del mandato e ad altre speciali condizioni. Così se si è dato mandato al procuratore o avvocato residenti nella sede di un tribunale, dove non vi è Corte di appello, la lite è decisa quando è stata dal tribunale pronunziata la definitiva sentenza. Se un avvocato è stato incaricato di difendere la causa in tutti i gradi di giurisdizione, la sentenza pronunziata in prima istanza, se si è prodotto appello, non può considerarsi come decisione della lite.

Può incontrarsi qualche difficoltà di applicazione nel caso di concorso della prescrizione di cinque con quella di tre anni.

Suppongasi, che la lite duri da sei anni quando il procuratore o l'avvocato si è dimesso dalla difesa. Possono fra i tre anni domandare il pagamento delle spese e degli onorarii per l'intera durata della lite cioè di sei anni? No.

Quando si son dimessi, non potevano domandare che cinque anni di spese e di onorarii. La dimissione non può far risorgere un diritto già estinto per prescrizione, sicchè la medesima ha fatto cominciare il corso della prescrizione di tre anni, entro il quale termine si può domandare il pagamento delle spese e degli onorarii di quei soli cinque anni, che non eran prescritti quando si son dimessi.

La prescrizione delle spese e degli onorarii del procuratore non ha che fare col diritto, gli compete per l'articolo 373 del Codice di proc. civ., di domandare, che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata a suo favore per quella parte che dichiarerà di avere anticipato: perchè la prescrizione triennale è concessa contro l'azione che il procuratore può esercitare contro il proprio cliente, non contro quella, che esercitando a tempo debito i diritti del suo cliente, promuove contro il soccumbente.

Non lascio passar l'occasione di ragionare di questo prezioso diritto dei procuratori e studiare fin dove si estenda e possa concedersi anche agli avvocati.

I procuratori e gli avvocati hanno una mera azione personale, *actio mandati*, contro i proprii clienti per essere soddisfatti delle spese anticipate e degli onorarii entro un breve termine.

La legge concede un privilegio pel credito delle spese del giudizio di spropriazione e di graduazione (art. 1961, 684 e 714 Cod. di proc. civile).

Il privilegio sopra i mobili è ristretto alle spese fatte per atti conservativi o di esecuzione sopra i mobili nell'interesse comune dei creditori (art. 1956, n. 1).

Ma tal privilegio è nei rapporti dei creditori fra loro, cioè tra il creditore che procede da parte istante e gli altri creditori, nel cui interesse procede; esso è estraneo alle relazioni tra il procuratore e l'avvocato del creditore procedente ed i creditori.

Il procuratore e l'avvocato non hanno, che la sola *actio mandati* verso il proprio cliente, del quale, al pari di ogni altro creditore, possono esercitare i diritti contro i debitori di lui.

Prezioso dunque è il diritto concesso dall'articolo 373 al procuratore.

Il suo cliente può esser debitore del soccumbente, ed opponendo questi la compensazione, si estinguerebbe il debito delle spese e degli onorarii.

Il cliente può avere dei debiti, ed i suoi creditori possono far pignoramento delle somme, cui il soccumbente è stato condannato; in tal caso il procuratore non ha altro diritto che di concorrere in contributo su quelle somme, che sono il risultato dei suoi lavori e delle spese da lui anticipate.

Può il cliente essere di cattiva fede; transigersi col soccumbente o cedere il credito.

Si è dunque creduto conveniente e giusto di concedere al procuratore il diritto di domandare, che le spese da lui anticipate e le vacazioni a lui dovute gli fossero attribuite direttamente, con condanna contro il soccumbente. Uscita mercè l'attribuzione il cre-

dito dal patrimonio del cliente, esso nel momento che nasce, è riconosciuto di essere del procuratore; sicchè le relazioni obbligatorie sono tra procuratore e soccumbente, senza che il credito sia stato per un solo istante del cliente.

Ma che cosa s' intende per spese?

L' abbiamo già detto: tutto ciò che il procuratore ha speso o si è obbligato a spendere per la lite, compreso l' onorario che ha anticipato all' avvocato, o che si è obbligato a pagare, per averlo egli eletto, come avviene in alcuni fori d' Italia.

Non potrebbe alla liquidazione opporsi il soccumbente, perchè il suo interesse si restringe all' esame della sola quantità; il diritto di opposizione è dato al solo cliente per regolare i suoi rapporti di debito e di credito verso il suo procuratore (art. 374). Poni caso, che il procuratore sia stato in tutto o in parte soddisfatto, e ciò non ostante si ha fatto pronunziare la condanna a suo favore. Sarebbe questo un caso di legittima opposizione.

L'avvocato in Corte di cassazione figura da procuratore. Il procedimento presso la medesima è regolato da norme speciali, nè si ripete per l' avvocato la facoltà concessa al procuratore dall' articolo 373. *Est eadem ratio:* procuratore è l' uno; procuratore è l' altro; di ugual mandato deve essere fornito l' uno e l' altro, e necessario è il patrocinio dell' uno e dell' altro. Non credo dunque che la Corte di cassazione commetta un eccesso di potere, estendendo la disposizione dell' articolo 373 anche all' avvocato che rappresenta presso di essa il vincitore del ricorso.

Ma potrebbe il procuratore presso i tribunali e le Corti di appello domandare, che le spese fossero attribuite all' avvocato che le ha anticipate?

È costume in alcuni paesi, come già abbiam notato, che l' avvocato, cui s' indirizza il cliente, scelga il procuratore cui anticipa tutte le spese. Non potrebbe in tal caso farne domanda il procuratore per sè, perchè egli non solo non ha anticipato spese, ma

è stato soddisfatto delle sue vacazioni. Se si vieta di farne attribuzione all'avvocato, la sua condizione giuridica in taluni casi è veramente miserevole. Non può spingere il procuratore a farsele attribuire per suo conto, perchè questi è pieno di debiti e facendogliele attribuire se il procuratore vi si prestasse, userebbe di un rimedio peggiore del male. Non può fondare sul suo cliente, che ancor esso è pieno di debiti. Sicchè il risultato del suo lavoro e della spesa anticipata deve servire di mensa comune ai creditori del suo cliente. Quì non si tratta della *res defensa*, che si è conservata al debitore e al creditore, sulla quale non si è creduto dare un privilegio, ma, del prodotto del lavoro dell'avvocato, che, come tale, il soccumbente paga al cliente, è la stessa spesa che l'avvocato ha anticipata. Quale cosa più giusta e più naturale, che si attribuisca direttamente all'avvocato quello che all'avvocato appartiene?

La legge ha omesso di concedere questa facoltà all'avvocato, ma questa omissione cagionata dalle diverse consuetudini esistenti ne'varii fori d'Italia non deve impedire al magistrato di estenderne la disposizione anche all'avvocato su dimanda che ne faccia il procuratore, specialmente nei paesi nei quali è consuetudine che i litiganti s'indirizzino agli avvocati che provvedono a tutto.

Vi è chi incontra qualche difficoltà, perchè la misura del compenso essendo incerta e variabile, non può essere stata anticipata dal procuratore; per cui non può essere attribuito nè a favor suo e tanto meno a vantaggio dell'avvocato, che non può fare anticipazioni a sè stesso. Ma costui non pone mente che anche i diritti e gli onorarii dei procuratori possono essere variabili e non determinabili, che dopo pronunziata la sentenza.

Dichiarare che le spese sieno state anticipate dal procuratore importa dichiarare anche che questi abbia assunto l'obbligo di pagare le spese all'usciere, al tipografo ed a chiunque altro fossero

dovute sebbene non le abbia effettivamente pagate, ed eziandio di pagare l'onorario all'avvocato che egli ha scelto.

Lo stesso deve dirsi dell'avvocato, che ha prestato l'opera sua senza farsi anticipare l'onorario; anticipando l'opera si è anticipato l'onorario che per l'opera era dovuto. E se l'avvocato ha anticipata l'opera sua senza aver riscosso l'onorario e si è obbligato di pagare od ha pagato i diritti e gli onorarii al procuratore e tutte le altre specie di spese, la lieve difficoltà fondata sulla parola *anticipare* sparisce. Si *anticipa* la spesa o l'opera per cui deve farsi la spesa: si anticipa la moneta e si anticipa, obbligandosi a pagarla.

E da ultimo si noti quello che abbiamo già sopra osservato. La legge presta fede alla dichiarazione del procuratore intorno all'anticipazione, salvo l'art. 374 Cod. di proc. civ. Essa non può essere sindacata nè dal soccumbente, nè *ex officio* dal magistrato. Se egli dichiara di essersi fatta l'anticipazione da lui o dall'avvocato compresi i compensi e gli onorarii, deve starsi alla sua dichiarazione.

194. A regolare le relazioni tra il cliente ed il procuratore che n'è il rappresentante necessario nelle liti, si sono stabilite discipline speciali.

Il procuratore deve tenere un registro di *Dare* ed *Avere* numerato e vidimato in cadaun foglio dal presidente del tribunale e da un giudice commesso, con menzione nell'ultimo di essi del numero dei fogli e della data della seguita vidimazione — In tale registro deve il procuratore iscrivere giorno per giorno le somme tutte che gli verranno rimesse dal cliente ed annotarci pure le somme da esso dovute o per anticipazioni o per spese fatte o per tasse di atti eseguiti.

I primi presidenti delle Corti ed i presidenti dei tribunali *potranno* richiedere la presentazione del registro ogni qual volta si tratti di liquidazione di spese in contraddittorio del cliente e del

procuratore. Uguale diritto spetta alle Corti ed ai tribunali quando fossero chiamati a pronunziare, ed al pubblico ministero ogni qualvolta ravvisi opportuno di dare le sue conclusioni — La presentazione di detto registro dovrà sempre essere richiesta ogni qualvolta il cliente non comparisca personalmente, e quando non venga eseguita, dovrà la domanda essere rimessa innanzi la Corte o il tribunale competente. In questo caso tutte le spese del giudizio saranno a carico del procuratore che vi avrà dato luogo.

Dobbiam dire, che questa disposizione di legge generalmente non è eseguita. Nè i procuratori si curano di fornirsi del registro, nè i primi presidenti, nè i presidenti, nè i pubblici ministeri ne richieggono la presentazione.

Altra pena non si commina al procuratore, che non ha il registro, che la pecunaria da lire dieci a cento. Se non che, se l'autorità giudiziaria si facesse a compiere esattamente il suo dovere, l'esecuzione della legge potrebbe essere stabilita. Imperocchè, se il procuratore non esibisce il registro quando n'è richiesto, l'autorità giudiziaria potrebbe giungere fino al punto di negargli il diritto alla liquidazione, ritenendo o che il procuratore non abbia fatto quelle spese che pretende o che sia stato soddisfatto. La legge nulla dice sul proposito, rimettendosi perciò alla prudenza ed alla equità del magistrato secondo le circostanze.

Non è lecito ai procuratori di ritenere per difetto di pagamento delle somme loro dovute le scritture ricevute dai clienti e neppure gli atti di lite, pei quali abbiano essi anticipate le spese. Ma i clienti non potranno pretenderne la restituzione prima che non siasi proceduto all'assestamento del loro debito, e d'accordo, col procuratore, ed in caso di contestazione avanti al presidente della Corte o del tribunale competente. Della convenzione seguita d'accordo si farà costare con annotazione a calce della nota scritta nel registro. La liquidazione delle spese avanti il presidente si farà sulla presentazione della nota che verrà compilata dal procuratore

in un con gli atti della causa e del registro medesimo, quando venga richiesto (art. 464, 465, 466, 467 del decreto-legge di tariffa del 23 dicembre 1865).

195. La restituzione delle scritture e degli atti avviene per lo più senza riscuoterne ricevuta e fuori la presenza di altre persone, sicchè non è agevole, decorso specialmente un certo spazio di tempo, averne una prova diretta. L'articolo 2276 del Codice francese dispone, che i giudici ed i patrocinatori sono esonerati dal render conto delle carte relative alle liti cinque anni dopo la decisione delle medesime. Il Codice italiano lo ha reso più completo, stabilendo « che i cancellieri, gli avvocati, i procuratori alle liti e gli altri patrocinatori sono liberati di render conto delle carte relative alle liti cinque anni dopo che le medesime furono decise od altrimenti terminate » (art. 2143).

Si omettono i giudici. Depositarii e responsabili delle carte rispetto alle parti sono i cancellieri e non i giudici, i quali non possono ritenere presso di sè le carte se non per lo spazio di tempo occorrente ad esaminarle per poi deliberare e stendere le sentenze e gli altri provvedimenti in materia contenziosa o volontaria.

Si avverte che la prescrizione si riferisce all'azione personale, non all'azione revindicatoria delle carte che si trovassero presso i predetti individui, la quale è soggetta alla prescrizione ordinaria.

196. Si prescrivono col decorso di tre anni le azioni dei notai pel pagamento delle spese e degli onorarii. I tre anni si computano dalla data dei loro atti (art. 2140).

È questa una disposizione nuova, che non esiste nel Codice francese, equiparandosi la condizione dei notai a quella degli avvocati e dei procuratori, ma non si provvede per la prescrizione delle azioni contro di loro per la restituzione delle carte loro affidate.

Che s'intende per spese? Tutto ciò che il notaio ha erogato per compiere l'atto del quale è stato incaricato, e ad occasione del medesimo, come le spese di registro, di trascrizione e d'iscri-

zione. E sebbene queste spese si fanno successivamente, pure la prescrizione comincia il suo corso dalla data dell'atto, disposizione espressa alla quale non si può derogare, come ha ritenuto la Corte di Torino con sentenza dei 23 ottobre 1890 (1). È un'azione di rimborso soggetta alla breve prescrizione di tre anni, tanto più che tra la compilazione dell' atto e l' erogazione delle spese successive il tempo che trascorre suole essere brevissimo.

Si prescrivono col decorso di un anno le azioni degli uscieri per la mercede degli atti che notificano e delle commissioni che eseguono (art. 2139), e sono liberati dal rendere conto degli atti dopo due anni dalla consegna (art. 2143).

Sorge quistione intorno all' estensione della prescrizione, che la lettera della legge restringe alla sola *mercede*. Ma guardando allo spirito della medesima, la disposizione deve estendersi anche alle spese, che l'usciere ha erogato per l'atto e per la commissione che ha ricevuto. Non è possibile ritenere, che duri un anno l'azione per ripetere la mercede, e trent'anni quella per la spesa fatta per occasione dell'atto o della commissione.

Parlando la legge di uscieri, non esclude quelli che sono addetti al Consiglio di Stato, alla Corte dei conti, e ad altre autorità analoghe che esercitano giurisdizioni speciali.

Si estende anche agl' inservienti comunali quando compiono funzioni di uscieri a norma degli articoli 173 e 175 del regolamento giudiziario e di altre leggi, ed anche ai messi esattoriali, che compiono funzioni di uscieri.

197. Si prescrivono col decorso di un anno le azioni dei professori, maestri e ripetitori di scienze, lettere ed arti per le lezioni che dànno a giorni o a mesi, e col decorso di tre anni se sono stipendiati a tempo più lungo di un mese (art. 2139, 2140).

Lo stipendio a giorni o a mesi e lo stipendio a tempo più

(1) Ricci, V, 281; Pugliese, 11, n. 232.

lungo di un mese è la misura della durata della prescrizione, se di un anno o di tre anni.

Si applica ai docenti che dànno lezione in casa propria o in iscuola e a quelli che vanno al domicilio dello scolaro, convivano o pur no con lui, gli somministrino o pur no il vitto.

I docenti stipendiati dallo Stato o dai corpi morali soggiacciono alla prescrizione di due o cinque anni secondo le leggi speciali (art. 1, legge 9 marzo 1871).

Il principio del Codice francese per misurare il corso della prescrizione è identico a quello accettato dal Codice italiano; se non che questo migliorando il dettato degli articoli ha fatto cessare alcune quistioni che oggi non si possono più rinnovare (1).

198. Si prescrivono col decorso di tre anni le azioni dei medici, chirurgi e speziali, per le loro visite, operazioni e medicinali (art. 2140).

Le levatrici, i flebotomi, i veterinarii vanno o pur no compresi tra i chirurgi?

Sebbene le levatrici, i flebotomi ed i veterinarii non siano conosciuti col nome di chirurgi, pure debbono essere matricolati e n'esercitano una parte accessoria, essendone il complemento. La opinione è discorde. Seguo quella che li assimila ai chirurgi. Non mi pare conveniente la qualificazione di semplici operai che loro dànno alcuni scrittori per applicare ad essi la prescrizione scritta per gli operai. E non applicando loro questa brevissima prescrizione, si dovrebbe ricorrere a quella di trent' anni, il che mi pare più che eccessivo, tanto più che tali servizii son pagati prontamente.

Quando la prescrizione comincia il suo corso? Lo vedremo nel n. 200.

Si prescrivono col decorso di tre anni le azioni degl'ingegneri, degli architetti, dei misuratori e ragionieri pel pagamento dei loro onorarii. I tre anni si computano dal compimento dei lavori. La

(1) Giorgi, n. 380, 317, 341.

Corte di cassazione di Napoli ha con sentenza del dì 11 agosto 1876 ritenuto, che non debbano essere terminati tutti quei lavori che il proprietario aveva speranza o desiderio di fare. Quando i lavori sono giunti a tal punto che possono essere agevolmente valutati, il diritto degli architetti e degl'ingegneri trovasi già verificato; e perciò se il proprietario crede sospendere le opere e ripigliarne la continuazione dopo diversi anni, può bene giovarsi della prescrizione quando nel frattempo non si è agito pel pagamento del compenso.

Il Codice francese tace sul proposito. È un gran miglioramento del Codice italiano l'aver agguagliato rispetto alla prescrizione la condizione delle azioni derivanti dalle professioni liberali.

199. Si prescrivono col decorso di un anno le azioni:

a) Dei commercianti per il prezzo delle merci vendute a persone che non ne fanno commercio.

Il Codice francese fa prescrivere le azioni dei mercanti per le merci che vendono ai particolari non mercanti.

La dizione del Codice italiano è più esatta. Si riguarda la condizione del creditore, non del debitore. Chi compra la merce per suo uso, sia o non sia commerciante, non è compreso in questo articolo. Il caso figurato è di un commerciante, che vendendo fa atto di commercio o venda all'ingrosso o pure a minuto, e chi compra il fa per soddisfare ai bisogni ordinarii della vita, non per fare commercio della cosa acquistata.

Il Codice di commercio nell'art. 915 dispone, che le azioni derivanti dagli atti che sono commerciali anche per una sola delle parti si prescrivono per tutti i contraenti in conformità della legge commerciale, cioè in dieci anni. Pare dunque che vi sia contraddizione tra il Codice di commercio e il Codice civile. Ma contraddizione non v'è, perchè l'art. 917 stabilisce, che la prescrizione si compie in dieci anni in tutti i casi per i quali *in questo Codice* o *in altre leggi* non è stabilita una prescrizione più breve. Ed una più breve prescrizione è sancita nel Codice civile.

Il che è confermato dagli atti della Commissione coordinatrice sulla compilazione definitiva dell' art. 917, nei quali si legge che le espressioni « *in questo Codice* ed *in altre leggi* » furono ammesse per impedire che coll' accettazione dell' art. 917 s' intendesse abrogato il terzo capoverso dell' art. 2139.

Ciò nondimeno il tribunale civile di Firenze, con sentenza del 1° febbraio 1887 che non possiamo approvare, ha dato la preferenza alla prescrizione commerciale (1).

b) Di coloro che tengono convitto, o case di educazione o di istruzioni di ogni specie, per il prezzo della pensione ed istruzione dei loro convittori, allievi ed apprendisti.

Si riguarda lo scopo speciale, cui s' intende, l' educazione cioè e l' istruzione.

c) Dei domestici, degli operai e giornalieri per il pagamento dei salarii, delle somministrazioni e loro giornate di lavoro.

Il Codice francese dice: Le *azioni* degli operai e giornalieri pel pagamento delle loro giornate, dei loro salarii e delle somministrazioni loro dovute—si prescrivono col decorso di sei mesi (art. 2271),—e dei domestici stipendiati ad anno, pel pagamento del loro salario si prescrivono in un anno (art. 2272).

Il Codice italiano ne ha agguagliata la condizione, fissando per tutti la prescrizione di un anno, ed ha omesso le espressioni « *stipendiati ad anno* », per comprendervi i domestici che prestano servizii mediante un salario indeterminato da fissarsi secondo ragione.

Domestici, voce francese, son tutti coloro, che prestano servizii alla famiglia materiali, onde vi vanno incluse le balie e le nutrici. Non vi si possono comprendere i segretarii, i governanti e le governanti, i bibliotecarii, i maestri di casa e tutti coloro che prestano servizii dove prevale il servigio intellettuale.

---

(1) Giorgi, vol. VIII, n. 382; Grossi, *Archivio giur.*, XXX, 825; Mortara, *Il Codice di commercio commentato,* vol. VII, parte 2, p. 206; Pugliese, vol. 2, n. 224.

Operai son tutti coloro, che prestano l'opera loro materiale, come sono gli artefici e gli artigiani, da non confondersi cogl' intraprenditori; sono i locatori *operarum,* non i locatori *operis.* Distinguere gli uni dagli altri nella pratica non è sempre agevole, dovendosi fare un minuto esame dell'opera che si presta per definire se secondo i principii fondamentali trattisi della *locatio operarum* o della *locatio operis* (art. 1627, 1 e 3), di che non possiamo qui occuparci.

Giornalieri son coloro che lavorando a giornate, prestano più lavoro materiale che intellettuale, sebbene non sieno pagati giorno per giorno, ma a settimane, a mese, facendosi il conto dei giorni nei quali si è lavorato.

Si prescrivono col decorso di sei mesi le azioni degli osti e dei locandieri per l'alloggio e le vivande che somministrano (articolo 2138).

Oste è chi fa professione di somministrare il vitto preparato.

Locandiere chi fa professione di somministrare il vitto e l'alloggio, o almeno l'alloggio.

Anche chi manda i pranzi a domicilio sebbene non abbia osteria, detto *cuciniere*, è compreso fra gli osti: e locandiere è anche colui che tiene pensioni o case di convitto non educative, e chi affitta camere o quartiere mobiliato, facendone di questo una professione.

200. Come si è osservato, il Codice per alcune prescrizioni brevi designa il giorno, nel quale la prescrizione incomincia il corso, per altre si tace. Dove si tace, deve valere il principio comune, che la prescrizione comincia il suo corso quando nasce il diritto ad agire. Se non che nell'art. 2141 si stabilisce, che la prescrizione ha luogo nei casi sopra enunciati (art. 2138, 2139 e 2140), sebbene siavi stata continuazione di somministrazioni, di servigi e di lavori; il che importa, che quando sia nato il diritto di agire, o giusta le regole ordinarie, o perchè la legge espressamente ha specificato il termine *a quo,* il corso della prescrizione

non s' interrompe per la continuazione delle somministrazioni, dei servigi e dei lavori.

È nata grave quistione per i medici e i chirurgi: il diritto di agire nasce ad ogni visita, o col finir della malattia o dell' operazione fatta? E se non trattisi di malattia acuta, ma cronica che dura mesi ed anni?

A noi pare non potersi dare regole generali. Se il medico o il chirurgo, l'uno presta una o più visite, secondo la chiamata o il bisogno, o l' altro fa solo l' operazione e niente più, il diritto ad agire par che nasca visita per visita. Ma, se il medico è invitato a curar l' ammalato di malattia acuta, o a fare un' operazione e vigilarne e curarne il corso, par che il diritto ad agire nasca quando la malattia e la cura son finite. Se il medico o il chirurgo si facesse a pretendere il pagamento ad ogni visita, mostrerebbe di non rispettare gli usi, di aver diffidenza dell'ammalato e si esporrebbe al risico di esser licenziato.

Spesso il complesso delle visite, il numero maggiore o minore, se di notte o di giorno, il numero dei consulti servono a determinare l' ammontare dell' onorario del medico o del chirurgo. La fine della malattia o sia il congedarsi del medico o del chirurgo segna il principio della prescrizione nelle malattie ordinarie, l' uso stabilendo la scadenza. Nelle malattie croniche occorre tener ragione degli usi e delle consuetudini dei luoghi e delle famiglie, del numero delle visite, dell' intervallo tra l' una e l' altra e di tutte le altre circostanze che possono fornire il modo di determinare quando il medico avrebbe diritto ad essere soddisfatto senza pericolo di perdere il cliente, se lo domandasse, e da tal giorno far cominciare la prescrizione. E qui è da notare, che tre anni computabili dal giorno in cui è nato il diritto di agire, sono un termine abbastanza lungo per far presumere il pagamento: onde nel dubbio del nascimento preciso dell' azione, si dovrebbe essere più riguardosi del cliente che del medico.

201. L' art. 2141 stabilisce, che la prescrizione non è inter-

rotta, se non quando vi sia stato un riconoscimento del debito per iscritto, o una domanda giudiziale non perenta.

Il Codice francese dice: La prescrizione non cessa di correre, se non quando vi sia stato un conto aggiustato, una poliza o chirografo, o una citazione giudiziale non perenta.

Vi sono nell' articolo italiano tre modificazioni. Dove si dice, che *la prescrizione non cessa di correre*, l'articolo italiano dice, *la prescrizione non è interrotta.*

A noi pare importante questa modificazione. Essa significa, che il riconoscimento e la domanda giudiziale sieno meri atti interruttivi, i cui effetti possono essere diversi secondo la loro natura. Così, se vi è riconoscimento in iscritto del debito, che possa considerarsi come novativo, la nuova prescrizione che incomincia è quella di trent'anni. Se il riconoscimento tale non può ritenersi, come se con una lettera siasi richiesta dilazione al pagamento, comincia una nuova prescrizione del tutto identica per durata alla precedente.

Alle parole « *conto aggiustato, poliza o chirografo* » si è sostituita la voce più larga « *riconoscimento in iscritto* », lettera, sottoscrizione nella nota del conto, o nei libri del creditore, confessione formale del debitore.

Alla espressione « *citazione* », si è sostituita la voce più propria di « *domanda* ».

Questo articolo, se può avere un significato, è quello di restringere il numero degli atti interruttivi. Il che non ci par ragionevole. Perchè non ammettere l'atto di messa in mora come atto interruttivo? E la domanda di conciliazione? Non sappiamo trovarne il perchè.

202. Tutte coteste brevi prescrizioni sono fondate sulla presunzione di pagamento, o di restituzione delle carte. Onde l' articolo 2142 stabilisce, che quelli, cui fossero opposte tali prescrizioni, possono deferire il giuramento a coloro che le oppongono, per accertare se *realmente ha avuto luogo la estinzione del debito.* Il

giuramento può essere deferito alla vedova, se questa vi ha interesse ed agli eredi, ovvero ai tutori di questi ultimi se sono minori, per accertare, se abbiano notizia che il debito non sia estinto.

Alle persone poi, alle quali si richiede la restituzione delle carte, si può deferire il giuramento, *se ritengano o sappiano dove si trovino gli atti e le carte.*

La formola del giuramento è diversa secondo che si deferisce a colui cui si è fatto il pagamento, o pure agli eredi, ai rappresentanti loro o ad altre persone.

L'enumerazione delle persone è tassativa, o pure è fatta *demonstrationis causa?*

Noi crediamo che sia fatta *demonstrationis causa.* Così, se si può deferire il giuramento alla vedova che vi ha interesse, non vi è ragione di non potersi deferire al marito, che vi ha interesse: se si può deferire al tutore del minore, perchè non potrebbe deferirsi al tutore dell'interdetto, a chi esercita la patria potestà, al curatore di un fallimento o di una eredità giacente, agli amministratori dello Stato, dei comuni, delle province ed a tutti gli amministratori degli enti morali? Costoro avendo a loro disposizione le carte domestiche ed i registri possono rispondere con esattezza al giuramento che loro si deferisce.

Essendo la prescrizione fondata sulla presunzione di pagamento, essa non può essere ammessa quando il debitore confessa di non aver pagato o in modo espresso o virtualmente per la natura delle difese che fa. Ma tranne questi casi, dei quali è estimatore sovrano il magistrato, non si può ammettere alcuna prova per dimostrare di non essersi soddisfatta la obbligazione, non esclusa quella dell'interrogatorio. Contro le presunzioni legali, non si ammette altra prova che quella, che la legge stabilisce (art. 1353 e 1354). Ed è presunzione legale tratta dal decorso del tempo, che la estinzione dell'obbligazione abbia avuto luogo. Se si ammettesse qualunque genere di prova, sarebbe stato inutile stabilire una prescri-

zione speciale e quel che più monta, permettere la prova del giuramento con una formola determinata.

Terminiamo la esposizione delle prescrizioni brevi con un'appendice sull'istituto *delle decadenze di diritto.*

CAPO SESTO

DELLE DECADENZE DI DIRITTO.

SOMMARIO

203. Non si deve confondere la prescrizione colla decadenza. L'origine può esser diversa e le condizioni di esercizio non identiche (1).

La prescrizione deriva unicamente dalla legge. Le decadenze derivano non solo dalla legge, ma anche dal contratto e dal testamento. Consistono nella concessione di un diritto colla condizione che si debba esercitare entro un termine determinato, o si debbano fare certi atti entro detto termine per conservare un diritto: sicchè il termine è così intrinsecamente immedesimato col diritto che, decorso il termine, vi è decadimento dal diritto. La prescrizione estintiva richiede come condizione essenziale che si trascuri di usare l'azione nel tempo che la legge designa, sicchè può essere impedita nel suo corso, sospesa o interrotta. Nelle decadenze se il termine è perentorio, e non comminatorio, si perde il diritto, decorso inutilmente il termine senza potersi arrecare ragioni di sospensione e di interruzione. La decadenza si può dal giudice ri-

(1) Ciò che dicesi *praescriptio judicialis*, *conventionalis* e *testamentaria* non può essere che la decadenza. Il nome di prescrizione è rimasto solo a quella che è stabilita dalla legge come tale.

levare di ufficio quando è fondata sopra principii di ordine pubblico, come per esempio: l'appello prodotto fuori termine, è dichiarato, di ufficio, non ammessibile (art. 466 Cod. di proc. civ.). La prescrizione deve sempre essere opposta dalla parte.

Non è molto agevole, quando in una disposizione di legge è stabilito un termine, entro il quale deve promuoversi un'azione, se si debba riconoscere una decadenza o una prescrizione. Il Codice italiano si è studiato meglio del Codice francese di distinguere con espressioni più precise la decadenza dalla prescrizione.

Il relatore della Commissione del Senato incaricato di esaminare il progetto del secondo libro del Codice, termina così la sua relazione: Sarebbesi voluto, che ogni qualvolta il Codice stabilisce un termine per fare un atto qualunque, o sperimentare un'azione, il Codice stesso dichiari se trattasi di un semplice termine o pure di una prescrizione, perchè essendo diverse le conseguenze giuridiche dell' una e dell' altra, si disputi sovente avanti ai tribunali, se la legge abbia voluto stabilire un vero termine od una prescrizione – Mà la Commissione non ha creduto di poter secondare questo desiderio; dappoichè, da una parte, se non le parole della legge, almeno l' oggetto per cui sono stabilite le diverse prefissioni di tempo, chiariscono sempre se si tratti di un vero termine o pure di una prescrizione, ed ove sia d' uopo, i Tribunali possono dichiararlo con sufficiente e sicuro criterio, seguendo le regole ordinarie d' interpetrazione, e dall' altra siffatte spiegazioni nella legge potrebbero essere pericolose, perchè ove fossero ammesse in alcuni casi, accrescerebbero i dubbii negli altri e servirebbero di appiglio a giuridiche controversie. Furono questi senza dubbio i motivi pei quali siffatte spiegazioni non vennero date in veruno dei Codici vigenti.

204. Sono allogate fra le decadenze:

a) Le domande delle spese fatte per causa del promesso matrimonio (art. 54).

b) Le domande di nullità di matrimonio, il cui esercizio è limitato in un breve termine (art. 104, 106, 109, 110).

c) Le domande del marito dirette a negare la sua paternità del figlio nato durante il matrimonio (art. 166, 167).

d) Il reclamo della proprietà della parte del fondo staccato per istantanea forza da un fiume o da un torrente (art. 456).

e) L'azione dei creditori non opponenti di regresso contro i legatarii (art. 977). L'art. 809 del Cod. franc. usa la espressione « *si prescrive* »; il Codice italiano vi ha sostituita l'altra più propria « *si estingue* ».

f) Il diritto alla separazione dei patrimonii (art. 2057). Il Codice francese adopera la espressione « *si prescrive* »; l'italiano muta interamente la locuzione da far comprendere che si tratti di decadenza.

g) L'azione del socio diretta ad impugnare il giudizio arbitrale che determina le porzioni (art. 1718).

h) Il diritto del locatore di sequestrare i mobili che il conduttore ha trasportato altrove (art. 1958, n. 1).

i) L'azione redibitoria che provviene dai vizii della cosa (articolo 1505).

l) La revindicazione dei mobili non pagati (art. 1513).

m) L'azione pel supplemento del prezzo spettante al venditore, e per la diminuzione del prezzo o pel recesso nel caso degli art. 1478, 1614 (1).

n) Idem per la locazione (art. 1614, 1639).

o) La domanda di rivocazione di donazione per ingratitudine (art. 1081 messo in relazione col 1090).

p) L'azione per esercitare il riscatto (art. 1516, 1517, 1519).

q) La domanda di rescissione per lesione della vendita di un immobile (art. 1531).

---

(1) La Corte di cassazione di Napoli con sentenza del 18 agosto 1876 ha ritenuto non esser vietato alle parti di prorogare i termini con apposito patto, non essendo il medesimo vietato dalla legge.

r) L'azione di regresso dei possessori delle cambiali (art. 261, 271, 325 Cod. di comm.).

Nel Codice di commercio s' incontrano moltissimi casi di decadenza specialmente per fare entro certi termini degli atti conservativi, che reputiamo inutile enumerare.

s) Quasi tutti gli atti di procedura debbono compiersi in certi termini che sono o perentorii o comminatorii, secondo i casi (articoli 46, 56, 466 Cod. di proc. civ.).

t) L' azione di purgare gl' immobili dalle ipoteche anche dopo la notificazione del precetto (art. 2041).

Sono questi, esempii da noi arrecati per servire d' interpetrazione nei casi nei quali la lettera o lo spirito della disposizione offre qualche dubbiezza. Sono anche casi di decadenza quelli indicati nei seguenti articoli:

Art. 18, R. D. Regolamento, 10 aprile 1881 con pieni poteri, 19 luglio 1881, relativi al lotto.

Art. 35, Legge 5 maggio 1862 sulla riforma postale; articoli 8, 9, Legge 10 luglio 1881 sopra i pacchi postali.

CAPO SETTIMO

DELLA PRESCRIZIONE ACQUISITIVA DI TRENT' ANNI.

SOMMARIO

205. La prescrizione estintiva, nata sotto il basso impero, allargata da Giustiniano, affievolita dalle idee etiche del Diritto canonico, ha preso una notevole importanza nei Codici moderni, ed è destinata a perfezionarsi nei suoi particolari e ad estendere la sua applicazione alle crescenti relazioni della vita sociale. Onde, dipartendoci dal comune procedere degli scrittori, ne abbiamo trattato in primo luogo.

Invece la prescrizione acquisitiva, conosciuta sotto il nome di *usucapio* fin dai primi tempi di Roma, perfezionata nelle sue più minute specialità dai giureconsulti romani, commentata sotto tutti gli aspetti da scrittori antichi e moderni, è destinata, se non a morire definitivamente, a ricevere ben rare applicazioni. La legge d' imposta sopra i fabbricati ha disposta la descrizione minuta di tutte le parti, che li compongono, ed il catasto che li riassume sotto il nome del proprietario colla designazione dell' imponibile, ricorda ai proprietarii fin dove si estende il loro diritto e lo ricorda loro l'esattore in ogni bimestre. La legge della perequazione

fondiaria, imponendo l'obbligo della delimitazione della proprietà dei terreni, della loro misura, della descrizione della diversa loro natura, della pianta, della intestazione catastale a nome del proprietario e dell'imponibile, produrrà l'effetto della certezza dei confini, e l'esattore ricorderà ai proprietarii il dovere di coltivare i fondi, di non abbandonarli, sicchè le usurpazioni diventeranno o difficili, o avvertite immediatamente. La tassa delle successioni e le forme necessarie a stabilirla concorreranno ad ottenere sì felici risultati. Già si avverte comunemente il bisogno di dare un assetto più perfetto alla proprietà fondiaria, che presto o tardi dovrà venir soddisfatto. E forse dovrà in quella occasione discutersi, se la prescrizione acquisitiva debba aversi come una mera notizia storica, sostituendosi alla medesima quale prova unica della proprietà e dei diritti che sulla medesima si possono rappresentare, la registrazione nel libro fondiario.

206. Il proprietario, che non usa per trent'anni di un suo immobile (1) lasciando che nello stesso spazio di tempo altri il possegga da padrone, perde il diritto di proprietà, e l'acquista il possessore. Se ne spoglia il vero proprietario e se ne investe il possessore. Ed il reciproco cangiamento di diritto si reputa avvenuto non nel momento in cui si compie ma in quello nel quale è cominciata la prescrizione. E ciò non solo nella prescrizione acquisitiva, ma anche nella estintiva (2). In tale guisa la proprietà non rimane neanche per un istante senza padrone (3).

---

(1) Se la prescrizione acquisitiva si estenda anche ai mobili sarà veduto in prosieguo.

(2) Le Roux de Bretagne, 10, 11; Troplong, n. 826; Giorgi, vol. 8, n. 374; L. 26, Cod. *de usuris*, IV, 32. *Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum sive personali, sive hypothecaria ceciderunt, jubemus non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem, dicendo ex eisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, asserendo singulis annis eorum actiones nasci. Principali enim actione non subsistente, supervaneum est usuris, vel fructibus adhuc judicem agnoscere.*

(3) Consulta i n. 119, 120, 121.

Due sono le condizioni, senza le quali il tempo non può produrre questo importante cangiamento; non uso dell' immobile da parte del vero proprietario di guisa da potersi] a lui applicare la prescrizione estintiva del diritto: possesso legittimo da parte del possessore. Della prima condizione abbiamo largamente ragionato: ci rimane a discorrere della seconda; notando, che per pura ragion di metodo, tratteremo principalmente del possesso legittimo dell' immobile necessario per acquistarne la proprietà, riservandoci di ragionare a parte di quello relativo all' acquisto dei mobili e delle servitù.

207. Il possesso è un elemento della proprietà, la quale non consiste che nel diritto di disporne e di *goderne* nella maniera più assoluta; ma non è questo possesso denominato nelle scuole *causale* che costituisce la materia del nostro discorso: invece è il possesso detto *formale* che lungi di essere l' effetto della proprietà, n' è la causa; possesso, che prolungato per trent' anni fa considerare proprietario il possessore fin dal momento che ha cominciato a possedere.

Il Codice francese ha fatto del possesso un capitolo del titolo della prescrizione: il Codice italiano, con miglior *consiglio*, ne ha fatto un capitolo a parte del libro secondo, consecutivo a quello della proprietà e delle sue modificazioni, imitando il Codice austriaco. Imperocchè il possesso, riguardato in sè, non come effetto della proprietà ed indipendentemente da essa, non solo è origine dell'acquisto della proprietà, ma altri effetti produce che non hanno relazione coll'istituto della prescrizione.

Giusta il Codice italiano, *possesso* è voce di genere; è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, esprimendo il rapporto fisico tra la persona e la cosa. La intenzione colla quale si possiede, serve a qualificarlo. È possessore il conduttore, il sequestratario, il depositario, e son possessori coloro che detengono la cosa, o godono del diritto a titolo di proprietà. Non avendosi una voce di genere, che possa distinguere l'un possesso dall'altro, ed il possesso dalla mera detenzione, si è costretti a intenderne la

significazione e la qualità del rapporto, guardando alla ragione del possesso.

Lasciando il nudo nome di detentore a chi anche momentaneamente tiene in suo potere la cosa, i possessori possono essere distinti in tre classi: possessori che godono la cosa per contratto o volontà del proprietario, senza che abbiano alcun diritto reale sulla medesima, quali sono i conduttori, i comodatarii, i depositarii, conosciuti sotto il nome di possessori *precarii*; possessori i quali tengono la cosa da veri padroni, sebbene forse tali non sono, e la tengono o personalmente o per mezzo di altri, quali sono gli stessi conduttori ed altri possessori *precarii*, perchè per volere dei padroni hanno la detenzione materiale percependone anche delle utilità. E vi ha una terza specie di possessori, che hanno un diritto reale sulla cosa ma questa è proprietà di altri; sicchè son possessori del diritto che godono, quali veri proprietarii del medesimo e sono possessori precarii della cosa in nome altrui. Tali sono gli usufruttuarii e gli enfiteuti.

L'art. 685 definisce il possesso in senso lato che comprende tutti i possessori. Esso dice: Il possesso è la detenzione o il godimento di un diritto, che uno ha o per sè stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto (1) in nome di lui.

Possessori infatti son chiamati i *conduttori* in alcuni articoli del Codice (2), perchè non si ha una espressione propria, tranne quella di *detentore*, o godente (art. 1569, 1575, 1581, 1588, 1593, 1610, 1624 e 746 Cod. di proc. civ.) la quale possa esprimere non solo il rapporto fisico tra la cosa e la persona, ma la causa della detenzione, se momentanea o pure per un diritto concesso a lei dal proprietario di fargliela godere per un tempo determinato. In altri termini, son detti possessori: i pieni proprietarii; i proprietarii di un diritto sulla cosa altrui; ed i detentori per volontà altrui.

208. Per acquistare mediante la prescrizione è necessario un possesso *legittimo*, dice l'articolo 2106. Ed il possesso è legittimo

---

(1) *Diritto:* può essere anche meramente personale.

(2) Art. 1592, 1598.

quando sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e *con animo di tener la cosa come propria* (art. 686).

Illustrare le qualità necessarie al possesso, perchè possa dirsi legittimo, è compiere la parte principale della prescrizione acquisitiva. Lavoro questo, fatto da molti e bene; sicchè non rimane che riassumere ed ordinare le dottrine.

209. Primo requisito è la *continuità* del possesso. *Il godimento regolare della cosa* costituisce la continuità del possesso. Il proprietario può usare ed abusare della cosa. Egli non usandola, abbandonandola del tutto, la conserva *animo* finchè altri non se ne impossessi (1). Ma il possessore il quale intende acquistar la cosa per prescrizione, se non usa normalmente della proprietà nella stessa guisa che ne farebbe un proprietario, non può far ricorso alla dottrina di conservarla col solo animo di averla per sè. Colui che abdica il suo possesso, dice il Belime, sia per una formale rinunzia, sia per l'abbandono tacito e presunto che risulta dall' assenza prolungata di ogni atto dominicale, ne perde definitivamente il beneficio; di tal che, venendo egli più tardi a riprendere il godimento della cosa, esiste tra i due possessi un vuoto, che non gli permette d'invocare l'antico (2).

Si discute, per quanto tempo il possessore debba aver abbandonato la cosa, per ritenersi che abbia perduto il possesso legittimo. Questo tempo non può essere fissato *a priori*. Lo indicavano gli antichi a modo di esempio; si tacciono il Codice e la scuola moderna. Il possessore che vuole diventare proprietario mediante il possesso, deve agire come il proprietario che abbia cura della sua cosa, secondo la natura della medesima. Un terreno seminatorio, un vigneto, un oliveto, un bosco richieggono cure diverse, ad intervalli più o meno lunghi. Ed è una quistione di mero fatto il

(1) Perdendone il possesso, ne conserva la proprietà fino a che altri non l'acquisti.

(2) Belime, *Trattato del diritto di possesso* § 57.

conoscere, se il possessore abbia esercitato sulla cosa tali atti, che non possano far ritenere che egli abbia cessato di possederla.

210. Non cessa di esser continuo il possesso, che, morendo il possessore, passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione (art. 925). E l'art. 693 stabilisce, che il possesse *continua* di diritto nella persona del successore a titolo universale.

Anche quando l' eredità sia giacente, o pure sia occupata da un erede apparente, il possesso continua nell' interesse di coloro che saranno dichiarati i veri eredi del defunto.

Può il possessore aver trasferito ad altri la sua proprietà a titolo particolare. Il possesso non continua di diritto nel suo successore rispetto alla prescrizione, ma questi può unire al suo possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti (art. 693).

Il Codice francese nell'art. 2235 scrive: Per compiere la prescrizione, può il possessore unire al proprio possesso quello del suo autore, in qualunque modo gli sia succeduto, sia a titolo universale o particolare, sia a titolo lucrativo o oneroso.

La locuzione dell'articolo del Codice italiano pone nettamente la distinzione tra l'erede e il successore a titolo particolare. Il possesso del defunto continua nell'erede: questi non può rifiutarne la continuazione, perchè il possesso è parte del patrimonio del defunto che gli si trasmette *ope legis* con tutte le sue virtù ed i suoi vizii. Non può dunque rifiutare l'antico possesso e cominciarne un nuovo *ex propria persona.* Per contrario il successore a titolo particolare comincia un nuovo possesso, al quale può, ma non deve, unire quello del suo autore. È una facoltà, non un obbligo. Così il legatario comincia un nuovo possesso, al quale può congiungere quello del defunto ed anche quello dell' erede, per tutto quel tempo che è stata da questi posseduta la cosa legata prima di consegnargliela.

211. Nel Diritto romano vi son due leggi le quali riferendosi alla continuità del possesso meritano una speciale attenzione.

La prima è di Giavoleno (1): « *Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram, locavi eum: an nullius momenti eam locationem existimes, quaero: quod si nullius momenti existimas, an durare nihilominus usucapionem ejus fundi putes? Item quaero si eidem vendidero eum fundum: quid de his causis, de quibus supra quaesivi existimes? Respondit, si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est; quia dominus suam rem conduxisset; sequitur ergo ut ne possessionem locator retinuerit: ideoque longi temporis praescriptio non durabit; in venditione idem juris est quod in locatione, ut emptio rei suae consistere non potest* ».

La seconda è di Giuliano: « *Si rem tuam cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere* » (2).

Il Voet, commentando dette due leggi, così le illustra: « Chi aveva cominciato ad usucapire la cosa aliena e l'abbia consegnata al padrone per causa di vendita, di locazione o di pegno o per altra simile ragione, piacque d'interrompersi la usucapione. Imperocchè non potendo consistere nè la compra, nè la locazione, nè il pegno della cosa propria, non s'intende, che chi deve usucapire, abbia ritenuto il possesso per mezzo del padrone, che non poteva tenerlo a titolo di compra, di locazione, o di pegno, e somministri a chi deve usucapire il ministero del possesso, ed invece che questi abbia dismesso il possesso naturale e l'abbia trasferito nel padrone. Sarebbe assurdo, che quel possesso del padrone giovasse a colui che gli ha locato o venduto la cosa, per farla usucapire contro sè stesso. Ed aggiunge, che, se si fosse ipotecata la cosa. al vero proprietario, non vi sarebbe interruzione di possesso, perchè il creditore ipotecario non è possessore della cosa ipotecata » (3).

Dalloz (4) non approva il principio. Non si può non conside-

(1) L. 20, D. *de usurp. et usucap.*, XLI, 3.

(2) L. 3, D. § 5.

(3) Voet, lib. XLI, t. 3, n. 17, *de usurp. et usucap.*

(4) *Praescription*, n. 470.

rare come detentore in nome altrui chi paga il fitto di un immobile, che ignora di essere suo, e che di conseguenza se possiede pel terzo, non ci sarebbe motivo di escludere i beneficii di un possesso legittimo, tanto più imponente, perchè ha avuto in suo favore il concorso del proprietario. Ma il Tartufari osserva, che non potendo coesistere nella stessa persona e sulla stessa cosa le due forme di possesso, il proprietario che possiede come tale, non può possedere per altri, ed il Pugliese si associa al Tartufari (1).

Chi vende, loca, o dà in pegno la cosa come sua a chi n'è il vero proprietario, fa una vendita, una locazione, ed un pegno nullo, di guisa che il compratore, il conduttore ed il creditore pignoratizio all'azione revindicatoria loro competente aggiungono l'altra dell'azione di nullità dei contratti. Ciò riconoscono Giavoleno e Giuliano, e ciò espressamente dispone l' art. 1861 relativamente al deposito: Ogni obbligazione del depositario si estingue quando venga a scoprire e provi che a lui stesso appartiene la cosa depositata.

Colla dichiarazione dell' annullamento dei contratti, si estingue ogni diritto del venditore, del locatore e del debitore pignoratizio sulla cosa, la quale perciò è riconosciuta come appartenente al vero proprietario; nè si può mettere in mezzo l' eccezione della prescrizione, per la ragione che non essendo decorsa al momento nel quale i contratti furono formati, questi sono nulli fin da principio. Ma se l' azione di nullità si lascia prescrivere o si eseguono del tutto, continuando i contratti ad avere la loro efficacia, debbono produrre tutto il loro effetto anche rispettivamente alla prescrizione. Con questo chiarimento accettiamo anche noi la dottrina dei giureconsulti romani. Imperocchè il possesso tenuto dal compratore, dal conduttore e dal creditore pignoratizio non può giovare al venditore, al locatore ed al debitore pignoratizio avendolo

(1) Pugliese, vol. I, n. 209.

essi perduto, tostochè materialmente non è stato più presso di loro, e l'*animus* presso il compratore, il conduttore ed il creditore pignoratizio è stato riconosciuto col toglier di mezzo la falsa causa del loro possesso e sostituirvi la vera.

212. Si può riferire anche alla unione dei possessi la quistione che pone il Laurent (1):

Nel caso di spropriazione per pubblica utilità, se non è decorso il tempo utile per la prescrizione, l'indennità deve esser pagata all'espropriato o al vero proprietario? « Proprietario, dice il Laurent, è colui, al quale la cosa appartiene nel momento della vendita volontaria o forzata; ora in questo momento il possessore non era divenuto proprietario. Vanamente s'invoca il possesso dell'espropriazione; *la legge permette all'avente causa di congiungere al suo possesso quello del suo autore; non permette all'autore d'invocare il possesso del suo avente causa*, e la ragione è semplicissima in caso di spropriazione; il diritto del possessore deve esistere nel momento del contratto. Ciò è decisivo ». E cita in appoggio della sua opinione un arresto di rigetto della Camera civile del 19 giugno 1854 (2).

A questa opinione si associa il Ricci (3) nel solo caso che lo espropriante non abbia pagato il prezzo. Nel caso opposto, l'espropriante convenuto dal vero proprietario può opporgli la prescrizione, unendo al suo possesso quello del suo autore.

Chi compra volontariamente un immobile, del quale si obbliga di pagare il prezzo a tempo determinato, deve pagarlo al venditore, non a colui, il quale assume di essere proprietario della cosa venduta. Costui avrà il diritto di revindicare la cosa venduta contro il compratore, il quale pel pericolo della evizione può sospendere il pagamento del prezzo (art. 439, 1518), ed opporre al re-

(1) N. 363.

(2) Dalloz, 1854, I, 212.

(3) Vol. V, n. 69.

vindicante la prescrizione, unendo al suo possesso quello del suo autore, per invocarne e goderne gli effetti (art. 693).

Ha ancora il diritto di chiamare nel giudizio per garantia il suo autore, il quale può assumere la causa del convenuto (art. 198 Cod. di proc. civ.). Ed assumendola, può opporre la prescrizione, facendo valere come possesso utile a prescrivere non solo il suo ma ancora quello del suo avente causa. Egli così intende provare, che l'acquirente, mediante l'*accessio temporis,* essendo divenuto proprietario della cosa, la domanda proposta contro di lui debbasi rigettare, per cui non potendo patire l'evizione, non solo non deve essere da lui fatto indenne, ma questi deve verso di lui adempiere tutte le obbligazioni che ha contratto nell'atto della vendita, fra le quali quella del pagamento del prezzo. E ciò è così legale, che se il compratore ha omesso di chiamarlo in causa, ed ha perduto la lite per aver tralasciato di opporre la prescrizione, il venditore è esentato da ogni garantia (art. 1497).

L'art. 693 concede al successore a titolo particolare di unire al proprio possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti, e non esclude che l'autore opponga la unione dei possessi che può invocare il suo avente causa per toglierlo da ogni molestia del terzo. Essendo ammesso a difenderlo, ha diritto di proporre le eccezioni sue e quelle dell'avente causa. E ciò che diciamo del compratore volontario si deve anche applicare al compratore all'asta, il quale è avente causa del debitore, sebbene l'immobile sia stato venduto dal creditore malgrado il debitore.

Nella espropriazione per pubblica utilità, vi è qualche diversità. Colui, in danno del quale si fa l'espropriazione, è il proprietario iscritto nei registri catastali (art. 16 della legge dei 25 giugno 1885): con lui o in sua contraddizione si liquida l'indennità (art. 24 e seguenti) la quale può essere impugnata da tutti coloro che vi possono aver diritto. La proprietà dei beni soggetti ad espropriazione passa nell'espropriante dalla data del decreto del

Prefetto che pronunzia l'espropriazione, e il precedente deposito dell'indennità si considera fatto *per conto del proprietario espropriato* (art. 48, 49).

Le azioni di revindicazione, di usufrutto, d'ipoteca, di diretto dominio, e tutte le altre azioni esperibili sui fondi soggetti ad espropriazione, si possono far valere non più sul fondo espropriato, ma sull'indennità che lo rappresenta (art. 53).

È questa una capitale differenza, che intercede tra la vendita per espropriazione per pubblica utilità e le altre vendite. Tutti coloro, che hanno diritto sulla cosa venduta, non per pubblica utilità e colle forme della medesima, conservano integri i loro diritti contro gli acquirenti. A costoro è data facoltà di liberarla dalle sole ipoteche o mediante giudizio di purgazione e di graduazione, nè hanno alcun modo legittimo di svincolar la cosa da tutte le altre azioni reali, tranne l'affrancazione nell'enfiteusi e nelle rendite perpetue. Per contrario nelle vendite per pubblica utilità, l'espropriante, dopo di aver depositato l'indennità, ed aver ottenuto dal Prefetto il decreto di espropriazione ed averlo trascritto, ha liberato verso tutti la cosa espropriata. Il prezzo rappresenta la cosa: si opera una perfetta *surroga reale*, sostituendosi nel rapporto di chiunque, espropriato e terzi, il prezzo alla cosa.

Il vero proprietario, il quale prima dell'espropriazione non ha affacciato alcun diritto sulla cosa, non conserva altra azione che quella di farlo valere nella distribuzione della indennità. Se nel momento, nel quale si fa a sperimentare il suo diritto sulla medesima, non è decorsa la prescrizione, è evidente che l'espropriato non possa opporgliela. Ma, se in quel momento è già decorsa, essa deve essere accolta; perchè il prezzo che ha surrogato la cosa è stato depositato, prima del decreto di espropriazione, per conto dell'espropriato, che era nel possesso dell'immobile, il quale ha continuato, senza interruzione, a godere del surrogato che è il prezzo.

Non bisogna tener ragione del possesso dell' immobile da parte dell' espropriante, per effetto dell' avvenuta surroga reale del prezzo alla cosa e della perdita di ogni diritto sull' immobile da parte di chiunque; tanto più che il medesimo diventa quasi sempre incapace di possesso *legittimo*, per la sua conversione ad uso pubblico; per cui neanche l' espropriante può averne un possesso capace di prescrizione come di una strada, di una piazza, di un cimitero.

Se non che da ciò si può prendere argomento per ritenere, che occorra guardare il momento, nel quale, trasferendosi la proprietà all' espropriante, vi si surroga il prezzo; perchè trasformandosi l' immobile in un oggetto mobile, vien meno la condizione della prescrizione, di un possesso legittimo di cosa capace ad esser posseduta e prescritta. Alla quale difficoltà si può rispondere, che per opera della legge, il prezzo che è un mobile, è considerato come un immobile, ed il possesso del prezzo equivale al possesso dell' immobile; essendo questo l' effetto della *surroga reale*, cioè che il surrogante prende la sostanza e la natura del surrogato.

In tal modo diventa possibile l' esercizio dei diritti reali, compreso quella di revindicazione, sul prezzo dell' immobile, divenuto pur esso immobile.

Suole non rade volte avvenire, che mediante amichevole convenzione l' espropriato cede e consegna l' immobile all'espropriante senza che v' intervenga il decreto del Prefetto. L' amichevole convenzione non può offendere il diritto di revindicazione del vero proprietario, e convertirlo in diritto sul prezzo. Potrebbe dunque il vero proprietario revindicar l' immobile che si trova presso l' espropriante, salvo a costui il diritto di ottenerne dal Prefetto la regolare espropriazione, e potrebbe, riconoscendo l' amichevole concessione, concorrere sul prezzo.

Nel primo caso il possesso tenuto dall' espropriante giova all'espropriato finchè non sia stato invertito ad uso pubblico, venendo allora a cessare qualunque possesso legittimo. Il momento

della conversione effettiva dall'uso privato a quello di uso pubblico è da riguardarsi per la prescrizione, nè può tenersi ragione di surroga reale perchè questa ha il suo effetto nel solo caso che la espropriazione avvenga nelle forme dalla legge stabilite.

Se da essa si dipartono le parti, surrogandovi una vendita volontaria, giusta la medesima si debbono valutare gli effetti sulla prescrizione. Ora nelle vendite volontarie, il prezzo non è *realmente* surrogato all' immobile, e l' incapacità dell' immobile ad esser posseduto fa venir meno il possesso legittimo per la prescrizione. Se l'espropriante non oppone la prescrizione, può opporla il suo garante che è il venditore, giovandosi del possesso suo e di quello dell'espropriante come accade nelle vendite volontarie.

E lo stesso principio deve valere nel secondo caso, se nel momento nel quale il vero proprietario concorre sul prezzo, sia la prescrizione già decorsa.

Avviene talvolta, che dopo l' esecuzione di un' opera di pubblica utilità qualche fondo a tal fine acquistato non abbia ricevuto in tutto o in parte la preveduta destinazione. Gli espropriati che abbiano diritto alla proprietà dei beni da cui fu staccato quello espropriato, hanno diritto ad ottenerne la retrocessione (art. 60). Ciò intervenendo, l'espropriato o i suoi aventi causa profittano del possesso dell'espropriante, equivalendo la retrocessione ad una clausola risolutiva il cui effetto si retrotrae al momento che il Prefetto ha pronunziato la espropriazione.

213. Il secondo requisito è, che il possesso non sia interrotto. Il Codice francese dice, *continuo e non interrotto;* l'italiano invece, *continuo, non interrotto*, cancellando l'*e* per denotare anche grammaticalmente, che intende l'una parola diversamente dall'altra.

Il possesso dicesi non *interrotto*, quando il possessore non ne sia privato naturalmente, interruzione detta dai Romani *usurpatio*, nè sianvi stati atti interruttivi da parte del vero proprietario.

Dice l'articolo 2124: È interrotta (la prescrizione) naturalmente

quando il possessore viene privato per più di un anno del godimento della cosa.

Chi è privato del possesso della cosa , può entro l' anno dalla privazione, introdurre l'azione possessoria per farsi reintegrare nel possesso della medesima (art. 694, 695, 696). Se, vincendo la lite , è reintegrato nel possesso, la reintegra risale al momento della privazione; sicchè si reputa di non esservi stata interruzione di possesso. Lo stesso accade, se nel corso dell' anno dalla privazione il possesso gli venga restituito amichevolmente. E se invece d'istituire l' azione possessoria propone l' azione petitoriale nel corso dell'anno dalla privazione e vince, si reputa di non esservi stata interruzione , perchè la sentenza , che lo reintegra nel possesso , si retrotrae al dì della domanda, cancellando ogni traccia dell' avvenuto: essa opera una completa restituzione.

Se non che si osserva in contrario , che il possesso , essendo un puro fatto, tenuto dall'usurpatore, non può unirsi a quello dello spogliato, per non essere l'usurpatore autore del medesimo.

Ascoltiamo sul proposito la dottrina del Marcadé. Autore non devesi prendere in un senso ristretto; *auctor dicitur is*, *a quo rem acceperis, vel ex ultima voluntate vel ex aliquo negotio quod cum illo habueris.* È *autore* colui, al quale il possessore attuale è legalmente succeduto.

Come per es., chi rientra nel possesso dell'immobile per effetto del riscatto; chi vi rientra per avere ottenuto la risoluzione del contratto, o per essere stata riconosciuta l'usurpazione. O bisogna ritenere, che il riscatto, la risoluzione, o il riconoscimento dell'usurpazione , cancellando legalmente il diritto di proprietà dell' acquirente o dell'usurpatore, cancellano eziandio il loro possesso, di guisa di non doversi considerare di aver posseduto per sè, ma per conto del proprietario , finzione troppo ardita; o pure bisogna dire , che l' acquirente o l' usurpatore ne siano stati possessori nel proprio nome; ma siccome per una causa legale l' alienante e lo spogliato

vengono a succedere a loro, questi possono dirsi *quodammodo auctores* dell'acquirente e dello spogliato. In qualsivoglia modo si guardi la cosa, l' alienante e lo spogliato rientrando nel possesso dell' immobile, possono giovarsi del possesso dell' acquirente o dell' usurpatore, per una di quelle finzioni di diritto, che l' equità ha suggerito.

La Corte di cassazione di Napoli con sentenza dei 6 luglio 1878 ritenne, che chi ha esercitato la ricompra per cessione avutane dal venditore, può ricongiungere utilmente il suo possesso a quello del primo acquirente per far valere la prescrizione dell' ipoteca conceduta dall' alienante, perciocchè colui che ricompra succede per questo titolo al primo acquirente ed è quindi possessore legittimo del diritto di costui. Se il periodo a prescrivere comincia dalla vendita del fondo, non ostante il riscatto, il secondo compratore prende sempre il fondo *jure dominii* sia che il suo diritto abbia origine dall' ottenuto esercizio della ricompra sia che deriva dalla diretta trasmissione dell' acquirente.

Se n' era dubitato nel Diritto romano nel caso della redibizione e della risoluzione, ma fu definita l' ammissione dell' *accessio temporis*, estendendosi il significato dell' *auctor* (1).

Se il possessore privato del possesso lascia passare l' anno senza riacquistarlo amichevolmente, o in conseguenza di un giudizio nell' anno proposto, la interruzione naturale ha tutto il suo effetto, sebbene riacquisti il possesso posteriormente. Nel quale caso, secondo la dottrina sopra esposta, un nuovo possesso ricomincia o dal dì che gli è stato amichevolmente restituito o da quello nel quale si è istituito il giudizio, nel quale si è rimasto vincitore, profittando così del possesso dell' usurpatore (2).

(1) Framm. 13, § 2, D. *de poss.*, 41, 2; Framm. 6, § 1, D. *de divers. temp. praescript.*, 44, 3; Framm. 19, D. *de usurp.*, 44, 3.

(2) *Si quis vi de possessione dejectus est, perinde haberi debet, ac si possideret, cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habet.* Framm. 17, pr. D. *de possess.*, 41, 2.

La legge non indica la causa dell' interruzione naturale, nè d' onde provvenga ma solo l' effetto.

Se dunque il mare o il fiume inghiotte l' immobile ed eccede un anno questo fatto naturale, s' interrompe la prescrizione. Se la cosa risorge dopo l' anno e l' antico possessore ne riprende il possesso, questo si reputa cominciamento di un nuovo possesso per la prescrizione da non potersi congiungere coll' antico (1).

L' articolo 2243 del Codice francese aggiunge: (Che la privazione provvenga) *sia dal precedente proprietario sia anche da un terzo* (2). Queste parole sono state omesse dal codice italiano, perchè inutili e dannose. Infatti alcuni scrittori francesi, leggendo in esse una limitazione, ritengono che la privazione della cosa derivante da eventi naturali non costituisca interruzione. Il dubbio non può più nascere per il Codice italiano.

Oltre la interruzione naturale vi è l'interruzione civile del possesso della quale abbiamo lungamente ragionato nel Capo quarto.

214. Il terzo requisito del possesso legittimo è che sia pacifico.

L' articolo 689 stabilisce, che gli atti violenti o clandestini non possono servire all' acquisto del possesso legittimo: esso tuttavia può cominciare, quando la violenza o la clandestinità sieno cessate, e ciò si riferisce al cominciamento del possesso.

L' articolo 686 vuole che il possesso sia pacifico nella sua durata per conservarsi legittimo.

Son molte le interpretazioni che si dànno alla voce *pacifico*. A noi pare, che si debba dir pacifico quel possesso, che si gode

---

(1) *Labeo et Nerva filius responderunt, desinere nos possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit.* Framm. 3, § 17 D. *de poss.*, 41, 2. *Item quod mari et flumine occupatum sit, desinere nos possidere.* Framm. 4, § 3, Cod.

(2) *Nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit, dominus sit nec ne.* Framm. 5, *de usurp.*, 41, 3.

senza quelle *molestie* che dànno luogo all'azione di manutenzione, della quale non si fa uso, non giungendo le molestie sino a privare il possessore del suo possesso. Molestie continue, che turbino il possesso, che non lascino in pace il possessore senza che egli agisca per farle cessare, fan presumere che temendo della giustizia, invece d'invocarla, si contenti di patire piuttosto le vie di fatto.

Non pare che si possa dare una spiegazione che comprenda tutti i casi.

Se sia stato o pur no pacifico il possesso è una quistione di fatto la quale si deve risolvere, guardandosi alle altre qualità del possesso, alle quali si collega, principalmente a quella di non essere stato equivoco.

215. Il quarto requisito del possesso è di dover essere *pubblico* secondo la natura dell'oggetto posseduto.

Non si dirà certamente *occulto* il possesso di un acquedotto sotterraneo o di una grotta scavata sotto la casa o il fondo altrui, quando si posseggono palesamente, come farebbe un vero proprietario. La clandestinità, colla quale si è *cominciato* un possesso, se sparisce col dar luogo all'esercizio alla luce del sole, trasforma in legittimo il possesso vizioso dal giorno in cui la medesima è cessata.

La pubblicità del possesso non importa che il vero proprietario ne abbia avuto scienza; ma sia tale che avrebbe potuto averla, se avesse voluto, usando la comune diligenza.

216. Il possesso non deve essere *equivoco*. Ambigui possono essere certi atti di possesso, da poter ricevere varia interpetrazione. Il che spesso si verifica fra condomini e coeredi. Han posseduto la cosa nell'interesse della comunione o pure il possesso di taluno di essi è stato esclusivo? Per risolvere la quale quistione occorre indagare la qualità degli atti di possesso, i quali se fossero equivoci e di varia interpetrazione debbono far ritenere come comune il possesso, e non proprio del condomino o del coerede.

217. È legittimo il possesso, quando è con animo di tener la cosa come propria.

Il Codice francese dice : *a titolo di proprietà*. Più propria è l'espressione del Codice italiano che traduce la frase *animus rem sibi habendi*, che comprende non solo la detenzione della cosa come proprietario ma anche il godimento di un diritto sulla cosa altrui per ragion' propria.

È questo il principale requisito, che distingue il possesso legittimo dal possesso che si ha per volontà altrui senza alcun diritto reale sulla cosa.

Possiede come proprio un immobile chi vi esercita i diritti di un vero proprietario, sebbene tale non sia e neppure abbia la coscienza di esserlo.

E li esercita o personalmente o per mezzo di altri. E questi *altri* possono essere di due specie : cioè godenti un diritto reale sulla cosa, o concessionarii di un diritto meramente personale.

Sono possessori della prima specie gli usufruttuarii, gli enfiteuti e simili, i quali hanno un diritto sulla cosa che esercitano con animo di tenerlo per sè e sono nello stesso tempo possessori precarii che tengono la cosa per conto del proprietario.

Sono possessori della seconda specie i conduttori, i comodatarii, i creditori anticretici e tutti coloro che tengono la cosa altrui per volontà del proprietario e che hanno facoltà di goder la cosa pel vincolo contrattuale senza che alcun diritto sulla medesima avessero acquistato.

Ciò è una ripetizione di quello che si è detto nel num. 207 ma il bisogno della chiarezza vi ci ha obbligato.

218. È conseguenza della necessità della condizione del possesso legittimo per poter prescrivere la disposizione dell'art. 2115. Non possono prescrivere a proprio favore quelli, che possedono in nome altrui e i loro successori a titolo universale. Sono possessori in nome altrui il conduttore, il depositario, l'usufruttuario e generalmente coloro che ritengono precariamente la cosa. Uniformi al medesimo sono gli articoli 2236 e 2237 del Codice francese.

L' usufruttuario possiede per sè l'usufrutto; ma questo titolo gl' impone di riconoscere un proprietario al quale deve denunziare i fatti del terzo che possono offenderne le ragioni (art. 511); tanto più non può offenderle egli medesimo.

L' enfiteuta è il concessionario del fondo altrui coll' obbligo di migliorarlo e di pagare un' annua prestazione (art. 1556). Egli è possessore dell' immobile, ne fa suoi i prodotti e tutte le utilità e dispone liberamente del fondo enfiteutico, ma deve riconoscere il diritto del concedente ogni ventinove anni (art. 1563). Il possesso dell' enfiteuta è *pro suo* in quanto agli usi del fondo; è nel nome del concedente in quanto alla sostanza; non può dunque prescrivere in danno del concedente, cioè acquistare la proprietà libera del fondo in danno del domino diretto. Ciò è espressamente deciso nella legge 7, § 6, Cod., *de praescr.*, 30 *vel* 40, *annor.* Nelle province meridionali vi fu un reale rescritto del 10 febbraio 1838 che risolvè in tal senso la quistione (1).

Una nuova teoria si è venuta insegnando che secondo il Codice italiano l' enfiteusi abbia cangiato interamente natura.

L' enfiteuta, si dice, è un proprietario pieno ed assoluto col peso di pagare un' annua prestazione. Il concedente ha il solo diritto di esigere un' annua prestazione, diritto reale immobiliare, non soggetto ad iscrizione, di una natura speciale, che può assomigliarsi ad un censo riservativo dell' antico diritto, oggi tramutato in rendita perpetua. L' enfiteuta non ha bisogno della prescrizione acquisitiva perchè essendo proprietario del fondo niente deve acquistare: gli occorre solo la prescrizione estintiva per liberarsi dal pagamento del canone. Questo ragionamento sarebbe esatto, se l' enfiteusi novella fosse veramente quella che s' insegna e non l' antica, ringiovanita e modificata non nella sua essenza ma solo nei particolari. Il che ci siamo studiato di dimostrare altrove (2).

---

(1) Mirabelli, *Diritto dei terzi*, vol. 1, p. 512 e seg.
(2) Mirabelli, *Diritto dei terzi*, p. 515.

Il creditore anticretico, il conduttore, il sequestratario, il tutore del minore o dell'interdetto, il padre e la madre esercenti la patria podestà, il marito amministratore dei beni dotali e parafernali della moglie, i mandatarii, i comodatarii, i depositarii e tutti coloro che posseggono nel nome altrui, è chiaro che non possono prescrivere, non avendo un legittimo possesso. La legge li comprende tutti sotto la frase—che *ritengono precariamente* la cosa, presa la voce *precariamente* in senso lato, per concessione altrui.

Il Diritto canonico nel libro 3, tit. XIV, delle *Decretali*, diede un significato più esteso di quello del Diritto romano alla voce *precario*. Sono possessori precarii, secondo il Codice italiano che ha seguito il francese e quelli degli antichi Stati italiani, tutti coloro, che hanno una concessione, anche irrevocabile, con la quale non si trasferisce la proprietà, quali sono l'enfiteuta e l'usufruttuario, ed il creditore anticretico.

219. Niuno può prescrivere contro il proprio titolo, nel senso che niuno può cangiare riguardo a sè medesimo la causa ed il principio del suo possesso (art. 2118) nel fine di acquistare per prescrizione. Il che si applica anche agli eredi del possessore, ai quali il patrimonio e con esso il possesso del defunto si trasmette quale è, con le sue virtù ed i suoi vizii (art. 2116).

Il titolo del possesso può solo mutarsi o per causa provegnente da un terzo, o in forza delle opposizioni fatte dai possessori precarii contro il diritto del proprietario (art. 2116).

Così a modo di esempio, il conduttore, il quale acquista da un terzo il fondo locato a titolo oneroso o gratuito, muta il titolo del suo possesso per causa provegnente da un terzo, e può cominciare a prescrivere dal dì della inversione del titolo e del possesso conforme al medesimo. La legge non richiede, che il proprietario sia avvertito dell'inversione del titolo; purchè il possessore precario accompagni la inversione con un possesso legittimo, ciò basta, perchè si presuma che il proprietario ne sia avvertito e possa far valere le sue ragioni.

Non è da dissimulare, che ciò può dar luogo a frodare il proprietario. Un conduttore, compra da un terzo il fondo che ha in conduzione, ed intanto continua a pagare al proprietario locatore l' annua prestazione. Il pagamento annuale della mercede è un riconoscimento del diritto del proprietario; sicchè il possesso, se è mutato in diritto, non si è recato ad atto, non essendo diventato possesso legittimo, interrotto come è dal riconoscimento. Ma, se il conduttore cessa di pagar la mercede, e possiede il fondo, come se fosse l' assoluto proprietario, da vero padrone, con tutte le condizioni proprie di un possesso legittimo, il proprietario deve imputare a sè stesso, se perde la proprietà colla prescrizione di trenta o di dieci anni secondo i casi.

La frode è più agevole, quando il possessore precario non deve alcuna prestazione al proprietario in guisa che il difetto di pagamento non lo possa mettere in sull'avviso; come per modo di esempio, l'usufruttuario, il mandatario, il comodatario acquistano la cosa da un terzo, e cominciano a possederla pubblicamente da veri proprietarii, facendo gli atti che un proprietario può fare. La trascuratezza del vero proprietario nel non far valere i proprii diritti contro il possessore non può essere giustificata dall'ignoranza, nella quale dice di essere stato dell' inversione del titolo; perchè il possesso legittimo del possessore è reputato sufficiente a dargli scienza della mutazione avvenuta.

L' altro modo d' inversione è la contraddizione, ossia l' affermazione del possessore manifestata al proprietario di avere un diritto proprio sulla cosa e che intende continuare a possedere a titolo di padrone, come vero proprietario e non più a nome di lui. Questo avviso formale fatto al proprietario o in iscritto o con fatti serve d' inizio alla inversione ed alla prescrizione. L' opposizione fatta in iscritto non può offrire difficoltà, la quale solo può nascere, quando è fatta con fatti, dei quali possa essere dubbia l' interpetrazione. I fatti debbono essere tali, che non lascino dubbio alcuno

della volontà del possessore di cangiare il possesso da precario in quello di padrone, e della scienza di questa volontà che ne ha avuto il proprietario; come, per esempio, il conduttore non paga la mercede, manifestando al proprietario che egli non la paga più perchè è proprietario del fondo, nè intende riconoscerlo più come tale; se lo coltiva a suo modo, in contraddizione della volontà del proprietario, e gl' impedisce di visitare il fondo, facendogli manifesta la cagione.

Il mero difetto del pagamento della mercede ed altre circostanze, dalle quali il proprietario non può chiaramente intendere la intenzione del suo avente causa, non costituiscono atti di contraddizione e d' inversione di possesso; sono invece atti d' inadempimento o per lo meno equivoci e di dubbia interpetrazione che non importano mutazione di possesso.

220. Nell' applicazione ai casi singoli della inversione del possesso son nate non poche difficoltà. Accenneremo le principali specie, nelle quali più si è manifestata la discordanza.

Il tutore, il mandatario, l' esercente la patria podestà han renduto i conti, o pure l' azione a renderli è prescritta, ed intanto han continuato a possedere, come proprietarii, l' immobile del minore divenuto maggiore e del mandante, che avrebbero dovuto restituire al finir della tutela e del mandato.

Vogliono alcuni, che la prescrizione cominci il suo corso dal dì, nel quale diffinitivamente è stato il conto assoluto e il mandato si è estinto, o pure l' azione si è prescritta, reputando atto d' inversione il fatto del conto o della cessazione dell' ufficio o del mandato.

Tale opinione pare a molti di essere erronea, perchè nessun terzo è intervenuto, d' onde potesse pigliare origine l' inversione. Il rendiconto è un fatto che passa tra l' amministratore e l' amministrato, sicchè non può operare sulla qualità del possesso che continua nell' amministratore qual' era, non potendolo questi can-

giare a sè stesso, nè avendoglielo cangiato l' amministrato. Tanto meno può valere per inversione la prescrizione del diritto di rendiconto. Se il conto renduto e definito non modifica il possesso, tanto più nol può modificare la mancanza del medesimo, qualunque sia il tempo decorso. Ed ancora meno può invertirlo la nuda cessazione dell' ufficio, o del mandato (1).

221. Più grave è la quistione, se il coerede o il condomino possessore possano mutare il possesso *pro indiviso* in possesso esclusivo senza la nuova causa provegnente dal terzo o senza l'opposizione fatta agli altri coeredi o condomini.

Dicono alcuni: Il coerede o il condomino non sono possessori precarii: anche come coeredi o condomini posseggono *animo domini* la loro parte. Se costoro hanno esteso il possesso esclusivo all' intera cosa comune, non si può dire che godano contro il proprio titolo: godono *oltre il proprio titolo* estendendolo. Il possesso esteso oltre il proprio titolo è valevole per la prescrizione.

Ciò è confermato dall'art. 985, il quale stabilisce, che non possa domandarsi la divisione dell' eredità o della cosa comune, quando l'altro coerede o condomino *abbia un possesso sufficiente ad indurre la prescrizione.*

Questa opinione così assoluta non può essere accettata.

L'art. 985 non può fornire alcuno argomento favorevole o contrario alla risoluzione della quistione in disamina. Esso suppone, che colui, contro il quale si domandi la divisione della cosa ereditaria o comune abbia avuto un possesso sufficiente per la prescrizione. Il che può indurre la conseguenza, che il coerede o il condomino possano acquistare per prescrizione la proprietà esclusiva della cosa ereditaria o comune, non già l' altra più lata, che il possesso per acquistarla non debba essere quello che è richiesto per acquistar la proprietà per prescrizione. L' articolo presuppone

(1) Corte di cassazione di Napoli, 26 aprile 1892.

la possibilità della prescrizione e nulla più: non indicando in qual modo si possa acquistare, se ne rimette per ciò alle regole generali.

Ciascun coerede o condomino, che d'ora innanzi chiameremo per brevità *partecipante*, ha la piena proprietà della sua quota ed il possesso della medesima, ma siccome la quota non è nè certa nè determinata, puramente ideale, commescolata con quella degli altri partecipanti, così il possesso di una quota non può essere esclusivo, ma deve essere comune ed indiviso com'è la proprietà. Egli possiede per sè e per gli altri. Onde la legge traccia le regole del modo di godimento della cosa comune e della sua amministrazione (art. 675, 678).

Il partecipante, il quale prende possesso della cosa comune, non come proprietario esclusivo di tutta la cosa, ma nella qualità di partecipante alla medesima in nome della comunione, incomincia ad avere un possesso per sè e per gli altri partecipanti, non di una sua quota certa e determinata ma dell'intero indiviso con altri. Il suo titolo di possessore non è quello di proprietario esclusivo della cosa, ma quello di partecipante; e quando egli al titolo di partecipante vuol sostituire quello di proprietario assoluto ed esclusivo cangia la causa e l'origine del suo possesso. Non estende il possesso al di là del titolo come se avesse un possesso di cosa certa e determinata ed usurpasse l'altrui, ma invece inverte la causa del suo possesso che è quella di una partecipazione ad una cosa comune, in quella di una proprietà esclusiva. Egli è possessore *pro suo* della sua quota ideale: è possessore precario delle quote ideali degli altri pei quali possiede e possiede l'intero perchè gli è stato concesso espressamente o tacitamente di possedere in nome loro. Può invertire tale causa nel solo modo stabilito dall'art. 2116. Se egli, dunque, intesta a sè il fondo nel catasto come assoluto proprietario e ne gode da padrone e ne esercita i diritti, non acquista un possesso abile a prescrivere. Sono questi atti unilaterali

i quali non hanno la virtù di fargli mutare la causa e l'origine del suo possesso, perchè la loro causa non provviene da un terzo, nè costituiscono opposizioni fatte contro il diritto degli altri partecipanti, ad essi manifestate. Se i suoi atti sien tali che possano qualificarsi come di opposizione contro i diritti degli altri condomini o coeredi, si è allora nel preciso caso della inversione di possesso per opposizione.

La cosa va diversamente, se il partecipante siasi messo originariamente nel possesso dell'immobile, come di cosa propria, non quale partecipante di un immobile indiviso. La causa e l'origine del suo possesso non è quella della comunione, ma dell'esercizio di un diritto proprio, sebbene si abbia la coscienza di non averlo.

Così può accadere, che un coerede s'immetta nel possesso dell'intera successione, come unico erede, supponendo che le sue sorelle, sufficientemente dotate, non pretendano alcun diritto sulla successione; e può anche avvenire che credendo proprio un immobile della successione, nella qualità di proprietario di esso se ne metta in possesso. In questi ed altrettali casi, il possesso può esser qualificato forse di mala fede, ma non si può sconoscere che la causa e l'origine del possesso, se può essere quella di erede, non è quella di coerede, di possessore cioè di cosa comune. Onde gli atti esclusivi di possessore o proprietario, che dimostrino il suo possesso legittimo, producono il loro pieno effetto, senza che sia necessario d'invertire in un possesso *pro suo* quello che *pro suo* è cominciato.

222. Il creditore anticretico non acquista sull'immobile alcun diritto reale (art. 1897). Egli non diventa proprietario dell'immobile per la sola mancanza di pagamento nel termine convenuto: qualunque patto in contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare coi mezzi legali la spropriazione del suo debitore (art. 1894).

Si è domandato, se decorsi trent'anni dalla scadenza del ter-

mine del pagamento il creditore anticretico sia divenuto proprietario per effetto del patto commissorio. Ne abbiamo ampiamente discusso altrove (1). Qui ne riassumiamo le conclusioni.

Il patto è nullo, perchè è contrario alla legge; esso deve reputarsi come non iscritto, non essendo necessaria una istanza speciale per farlo dichiarar tale. È una nullità di pieno diritto, della quale la legge determina gli effetti.

Non può correre la prescrizione estintiva dell'*actio pignoratitia*, perchè, per rientrare nel possesso del fondo, il debitore deve soddisfare il suo debito, e da quel momento nasce il diritto ad agire. Non può correre la prescrizione acquisitiva, perchè il creditore anticretico è un possessore precario, che non può mutare a sè stesso la causa e l'origine del suo possesso, e che ha continuato ad esser *precario* non ostante il patto.

Se non che, venuto il termine del pagamento, non è vietato al debitore di stabilire nuovi patti col creditore e al contratto anticretico sostituire un vero contratto di compra-vendita. Il che avvenendo, potrà forse nascere la quistione se questo contratto sia valido o nullo per il modo come è stato convenuto e stipulato, ma manca ogni materia di prescrizione.

I possessori precarii possono avere alienato la proprietà a titolo oneroso o gratuito. Si domanda: gli aventi causa possono cominciare a prescrivere?

L'art. 2117 risponde di sì. Nè richiede che l'acquirente sia di buona o di mala fede; il quale requisito è necessario solamente per determinare se il tempo della prescrizione debba essere di dieci o di trent'anni.

Si noti la distinzione già fatta precedentemente tra gli eredi e gli aventi causa. Il defunto trasmette all'erede il possesso che ha nel suo patrimonio con i suoi vizii e con le sue virtù, ed il

(1) *Diritto dei terzi*, vol. I, p. 610, n. 30.

possesso continua nell' erede senza che possa rifiutarlo per cominciare un possesso nuovo. L'avente causa, ossia il successore a titolo particolare può *unire* al suo possesso quello del suo autore, ma non può essere costretto a farlo. Egli comincia un possesso nuovo dal dì dell'acquisto, del tutto diverso da quello del suo autore. Ed è perciò che se costui, che era un possessore precario, gli ha trasmesso a titolo particolare la proprietà dello immobile come se fosse sua, egli comincia un nuovo possesso da proprietario al quale non unisce quello vizioso del suo autore.

Questo sistema può dar luogo a frode.

Un enfiteuta vende come franco e libero il fondo enfiteutico a chi lo compra in buona fede. Questi trascrive il contratto e si mette in possesso del fondo. Invece di venderlo, lo costituisce come bene libero in dote alla figlia, che trascrivendo il contratto se ne mette in possesso.

Dopo dieci anni gli acquirenti ne diventano i proprietarii assoluti, non ostante che l' enfiteuta alienante, abbia continuato a pagare il canone al concedente, ignaro interamente dell'alienazione avvenuta.

La Corte di cassazione di Napoli con sentenza del 10 agosto 1877 ha ritenuto, che, chi sotto le leggi antiche ebbe assegnato in graduazione come franco e libero un fondo enfiteutico potesse bene eccepire la prescrizione di dieci anni contro il padrone diretto, sebbene questi avesse continuato a riscuotere esattamente il canone dall'enfiteuta. L'assegnatario ha goduto *pro suo* la proprietà del fondo, non potendogli recar pregiudizio qualunque fatto del venditore posteriore all'acquisto. E lo stesso deve oggi dirsi dell'aggiudicatario cui non si è rivelato l'esistenza di un dominio diretto, subastando il fondo come libero: poichè il creditore istante vende *jure creditoris* a nome e per conto del debitore, il quale è considerato come il vero venditore per tutti gli effetti di legge.

Un conduttore a lungo tempo vende il fondo come suo, a chi,

credendolo proprietario, gli paga in buona fede il prezzo; trascrive il contratto e si mette nel possesso del fondo, che gode pacificamente e pubblicamente. Il conduttore intanto continua a pagare la mercede al locatore fino alla scadenza della locazione, venuta la quale, cessando il pagamento, il locatore conosce dell' alienazione, quando già l'acquirente ne aveva prescritta la proprietà.

Il possesso legittimo dell'acquirente è l'elemento, che la legge richiede per preferire il medesimo al concedente e al locatore, i quali sono stati negligenti ad invigilare sulla condizione novella del fondo enfiteutico o locato. La trascrizione e la buona fede dell' acquirente son circostanze che servono solamente a determinare se debba applicarsi la prescrizione di dieci o di trent' anni; ma correrà sempre o l'una o l'altra prescrizione, se si avveri in fatto il possesso legittimo dell'acquirente.

Se dunque il possesso legittimo ha tanta importanza a danno del concedente o del locatore, bisogna esser molto avveduti nel riconoscerne le condizioni legali.

L' enfiteuta, il conduttore alienano a titolo oneroso o gratuito il fondo enfiteutico o locato, ed intanto si fanno affittare il medesimo dal nuovo acquirente; sicchè lo stato possessivo apparente non solo non muta, ma essi continuano a pagare l'antica mercede al concedente o al locatore e la nuova al nuovo locatore.

Possono e l' usufruttuario e il creditore anticretico e tutti gli altri possessori precarii alienare come propria la cosa che tengono precariamente, prenderla in fitto, forse sublocarla per così ingannare il vero proprietario.

Il giureconsulto Paolo nella legge 32 § 1, *de acquir. vel omitt. possess.*, risolve la seguente specie: « *Si conductor rem vendidit, et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet* ». Paolo suppone il caso, che un conduttore abbia venduto il fondo, e sia rimasto in possesso come conduttore del compratore. Se continua a pagare il

fitto al suo locatore antico e paghi ancora il fitto al nuovo, chi per mezzo suo possiede il fondo, l'antico locatore o il nuovo? E Paolo decide, che l'antico locatore ritiene il possesso per mezzo del suo conduttore.

Non esitiamo ad ammettere la stessa dottrina. Il concedente e il locatore che sono stati soddisfatti dell' annua prestazione dal rispettivo enfiteuta e conduttore che sono nel godimento materiale del fondo apparentemente come loro enfiteuti e conduttori, non han potuto neanche sospettare dell' inganno che loro tendono. Non è necessario, che si provi la mala fede dell'acquirente, perchè egli non può reputarsi possessore legittimo, facendogli difetto la pubblicità. Il possesso è clandestino od equivoco, esercitando atti possessivi nello stesso tempo e l'antico e il nuovo proprietario per mezzo delle stesse persone.

Non può dirsi al tutto la stessa cosa degli altri possessori precarii, che non pagano alcuna mercede al proprietario, e che continuano a rimanere nel fondo come conduttori del nuovo acquirente. Tutta la quistione in tal caso si riduce ad esaminare, se in fatto vi sia un possesso veramente legittimo da parte dell' acquirente sì da non aver potuto concorrere a mantenere il vero proprietario nell' ignoranza del fatto avvenuto. E se si riconosce che il possesso è stato legittimo da parte dell'acquirente, l'acquisto per prescrizione non gli può essere negato.

Quando il vero proprietario ha la sventura di perdere la proprietà in cosiffatto modo, non ha che un'azione personale contro il possessore precario, che ha indebitamente alienata la cosa, che si è messo nell' impossibilità di restituire. E la prescrizione estintiva di tale azione nasce quando il possessore precario ha alienato la cosa, poichè da quel momento avendo violato il suo diritto di proprietà, è nato in lui il diritto di agire.

223. Vi sono cose, delle quali non essendo possibile un possesso legittimo, non possono acquistarsi per prescrizione. Sul proposito bisogna aver presenti i seguenti articoli:

Art. 688. Gli atti meramente facoltativi non possono servir di fondamento all'acquisto del possesso legittimo.

Art. 690. Il possesso delle cose, di cui non si può acquistare la proprietà, non ha effetto giuridico.

Art. 2113. La prescrizione non ha luogo rispetto alle cose che non sono in commercio.

Questi principii son molto chiari; la difficoltà consiste nel determinare, quali sieno le cose che non sono in commercio e delle quali non si può acquistar la proprietà privata.

Se qui facessimo cessare il nostro commento sentiremmo di essere incompleti. Laonde, seguendo l'esempio di altri scrittori, faremo un'enumerazione dei beni dei quali non si può acquistare una proprietà privata; per cui sono imprescrittibili: enumerazione che non può dirsi completa, ma che può servire come esempio.

I beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali.(art. 426).

I beni delle province, e dei comuni sono di uso pubblico e patrimoniali (art. 432).

Quelli demaniali ossia di uso pubblico sono imprescrittibili (articoli 430, 2114).

a) Il demanio delle strade nazionali, provinciali e comunali destinato come è all'uso pubblico, può essere usato da tutti *jure civitatis* secondo le norme proprie del diritto pubblico, che ne regola la facoltà. L'uso permesso dalle leggi, come gli sporti, i balconi, gli stillicidii sulle strade non costituiscono servitù, essendo le strade e le loro attinenze, quali sono i muri di sostegno, i ponti, gli archi, gli acquedotti, incapaci di possesso esclusivo e di proprietà. Sono mere facoltà derivanti dall'uso pubblico, regolate secondo le discipline proprie delle cose destinate agli usi pubblici, e che non possono servir di fondamento all'acquisto di un possesso legittimo.

La quistione, se il suolo occupato, sia privato o parte di strada,

deve esser decisa dai tribunali secondo i principii del diritto comune, tenendosi ragione della *vetustas* dell'occupazione.

È dubbia la condizione dei Regii tratturi destinati nelle Puglie al transito del gregge, che dal monte scende a svernare nel piano.

Vige tuttavia il regolamento Borbonico del 14 dicembre 1858 che concede ai *tratturi*, ai *bracci di tratturi* e *riposi laterali* la stessa tutela che godono le strade pubbliche (1).

Le vie vicinali soggette a servitù pubblica sono quelle delle quali scrisse Ulpiano: « *haec, quae ad agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quas exitur de via consolari* » (2) diverse dalle vie *agrarie* le quali servono esclusivamente ai proprietarii dei fondi, ai quali conducono.

Sebbene il suolo delle vie vicinali sia per lo più dei proprietarii dei fondi che intersecano, pure se le medesime sono soggette a servitù pubblica, non sono capaci di possesso esclusivo e perciò sono imprescrittibili.

Sebbene le ferrovie sono annoverate tra i beni patrimoniali dello Stato giusta l'art. 8 del regolamento di contabilità, e ciò derivi dalle leggi sopra i lavori pubblici e da altre che ne permettono l'ipoteca e le soggettano all'imposta, pure son fornite di tali prerogative che si assomigliano al Demanio pubblico per la prescrizione. La legge sopra i lavori pubblici ed i regolamenti di polizia sull'esercizio delle ferrovie escludono la possibilità di qualunque appropriazione anche temporanea, gravando le proprietà limitrofe di oneri speciali ed assicurandone l'esecuzione con severe sanzioni penali.

b) *Demanio delle acque.*

L'art. 427 dichiara far parte del Demanio pubblico dello Stato i *fiumi* e i *torrenti*.

---

(1) Cassaz. Napoli, 8 marzo 1877.

(2) Framm. 2, § 22, *ne quid in loc. pubb.*

Nella legge dei 20 marzo 1865 sopra i lavori pubblici vi è un'enumerazione più ampia di quella del Codice: oltre i fiumi e i torrenti, vi sono i laghi, i canali, i rivi e i colatori privati.

Le acque piovane appartengono a colui, sul cui suolo esse cadono; sicchè le acque che cadono sulle pubbliche vie sono di uso comune come la strada. La deviazione che taluno avesse potuto fare anche con opere permanenti nel suo fondo, a fine di facilitarne il declivio a suo esclusivo beneficio, non impedisce che altri pratichi lo stesso, se si trovi in un sito superiore, privandone chi si trovi più basso. La prescrizione delle acque piovane in danno del Comune non è possibile, perchè non vi può essere un possesso legittimo, anche quando siensi fatte opere sulla strada, costituendo questa occupazione permanente una contravvenzione alla legge. Se non che quando le acque dalla strada pubblica son discese nel suolo privato, sia naturalmente sia per arte, diventano di privata ragione potendo essere oggetto di una servitù da potersi acquistare nei modi ordinarii.

È grave la difficoltà di riconoscere, quali sieno le acque demaniali o pubbliche e quali le private.

Può essere di grande vantaggio la disposizione dell'art. 25 della legge dei 10 agosto 1884 colla quale si ordina la formazione degli elenchi delle acque pubbliche di ciascuna provincia, i quali hanno un valore amministrativo, perchè in caso di controversia si conserva la competenza del potere giudiziario. Questi elenchi non peranco si sono formati.

Le acque pubbliche essendo di uso pubblico non sono soggette a prescrizione. La detta legge del 10 agosto 1884 permette all'autorità governativa di concedere derivazioni e prese d'acqua temporanee e rivocabili mediante il pagamento di un canone, che meglio direbbesi tassa.

L'art. 24 della medesima legge ha fatto cessare la controversia che agitavasi nei tribunali, intorno al valore giuridico del possesso

delle derivazioni di acque pubbliche e di opificii sulle medesime stabiliti secondo le varie legislazioni degli antichi Stati italiani. Con esso si è statuito, che il possesso di trent' anni anteriore alla pubblicazione della legge avesse valore ed efficacia di titolo rispetto al demanio per gli effetti dell' articolo primo. Nel quale articolo primo erasi sancito, che nessuno potesse deviare acque pubbliche, nè stabilire su queste molini ed altri opificii se non ne abbia un titolo legittimo o non ne ottenga la concessione del governo.

Si controverte se l'alveo del fiume (1) sia demaniale o dei rivieraschi, quistione inutile per la prescrizione, utile per determinare, se lo essiccamento artificiale dia il diritto allo Stato di far suo l'alveo o di disporne, concedendolo all' intraprenditore. E la quistione può nascere quando l' essiccamento avviene per opera del governo e non del potere legislativo che disponga dell'alveo.

Non è dubbio poi che la ripa sia d' uso pubblico, ma la proprietà è privata; onde gli alberi e le alluvioni appartengono al proprietario costeggiante (2).

Non è neanche dubbio che il fondo del lago e le rive sieno pubbliche.

La legge del 15 maggio 1884 ha riconosciuto la efficacia del possesso di trent' anni del diritto di pesca nei fiumi anteriore alla pubblicazione della legge, cessando così quest'altra ragione di controversia.

I canali demaniali, costruiti cioè a spese pubbliche e per utilità pubblica, se questa consista nella irrigazione, dalla quale si trae un profitto per disposizione speciale, fanno parte del demanio patrimoniale e sono sotto la dipendenza del ministro del tesoro. Tuttavia siccome hanno una legge ed un regolamento proprio, che

---

(1) *Impossibile est ut alveus fluminis pubblici non sit pubblicus*, L. 1, § 7. *De flum.*, XLIII, 12.

(2) § 4, *Inst.*, *De rer. divis.*, Legge 20 marzo 1865, art. 125, 126, 144, 165 e seg.

gli tutela come una proprietà pubblica, la loro condizione giuridica differisce più in apparenza che in realtà dai canali di pubblico demanio.

c) *Demanio marittimo.*

I lidi, le spiagge del mare e le opere artificiali che vi si costruiscono per comune utilità, cioè i porti, le darsene, i canali, i fossi, le calate, i moli, le banchine d' approdo fanno parte del demanio pubblico. Sul mare territoriale signoreggia piuttosto la sovranità dello Stato, che un diritto di proprietà pubblica (art. 427, e art. 157 Cod. per la marina mercantile).

Sono opere naturali il lido e la spiaggia.

Il Diritto romano non parla che del lido, e lo rinviene *quatenus hybernus fluctus maximus excurrit* (1). Il mare si ritira e lascia asciutta una estensione di terreno, che dicesi spiaggia, che può servire ai bisogni della navigazione o essere invece un terreno inutile all' uso pubblico e che prende nome di *arenile.* L' articolo 161 della legge sarda sui lavori pubblici del 1859 fissa la spiaggia a 65 metri dal lido. Il vigente Codice della marina mercantile ne lascia la determinazione al prudente arbitrio dell' autorità marittima. Essa determina nella zona demaniale, fin dove deve arrivare la proprietà pubblica, e decreta il passaggio del di più al patrimonio dello Stato (art. 157). Adunque, giusta il diritto vigente, la spiaggia ossia il terreno abbandonato dal mare è sempre proprietà dello Stato; demanio pubblico, finchè serve all'uso di tutti, e perciò imprescrittibile: proprietà patrimoniale, quando cessa dal servire all'uso pubblico, diventando un arenile, e quindi prescrittibile. Ma la cessazione deve essere riconosciuta e dichiarata dal decreto di *sclassificazione* dell' autorità marittima.

Per Diritto romano si permetteva di edificare sul lido, e le accessioni che il mare aggiungeva ai predii vicini appartenevano,

---

(1) L. 96 e 112, D. *de verb. signif.*, 4, 16.

per diritto di accessione ai proprietarii dei medesimi che potevano far dighe per conservarle (1). Ma vi si opposero in prosieguo disposizioni regie e statutarie. Le concessioni antiche e le usurpazioni legittimate dal possesso immemorabile si mantengono, perchè la legge non può avere effetto retroattivo. L'art. 774 del regolamento del 20 novembre 1879 rimette la trattazione e la risoluzione di ogni quistione sulla proprietà delle spiagge all'amministrazione demaniale, intese le competenti capitanerie del porto; ma i privati che credono offeso il loro diritto dalla risoluzione amministrativa possono adire l' autorità giudiziaria, come ha deciso la Corte di cassazione di Roma, a 17 giugno 1889, a sezioni unite.

d) Il demanio militare è il solo creato dall'uomo e dalla legge; al carattere di cosa comune e di uso pubblico è sostituito un uso governativo di suprema importanza nazionale. L'autorità militare è la sola competente a classificare i beni del demanio militare, nè vi è legge, che determini l' esercizio di questo potere. L' art. 427 si limita a dire, che le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze fanno parte del demanio pubblico.

e) *Demanio artistico, archeologico e scientifico.*

I monumenti antichi e moderni, le gallerie, le pinacoteche, le biblioteche ed i musei esposti al pubblico formano il patrimonio archeologico, scientifico e artistico della nazione. Si disputa fin dove possa estendersi la proprietà pubblica su questo patrimonio, essendo varia ed incerta la legislazione delle diverse regioni d'Italia, attendendo dall' opera del legislatore l' assetto definitivo. Può sorgere la quistione se un oggetto sia di proprietà pubblica, ma per tale riconosciuto, non può dubitarsi che non si possa parlar di prescrizione.

224. L' art. 429 stabilisce, che i terreni delle fortificazioni o dei bastioni delle piazze da guerra, che più non abbiano tale

---

(1) Pothier, *Trattati*, *proprietà*, 159.

destinazione e tutti gli altri beni che cessino di essere destinati all'uso pubblico ed alla difesa nazionale, passano dal demanio pubblico al *patrimonio* dello Stato; ossia cominciano ad essere soggetti alla prescrizione.

La destinazione all' uso di tutti, o alla difesa nazionale è la ragione per la quale taluni beni forman parte del demanio pubblico. Questa destinazione può cessare col fatto, come se un tratto di strada viene soppresso, un fortilizio smantellato, una parte di spiaggia convertita in podere. Fatti e trasformazioni, che sogliono essere accompagnati dalla dichiarazione dell'autorità amministrativa, conosciuta sotto il nome di *classificazione*.

Taluni, siccome *rem pubblicam populus non utendo amittere non potest*, esigono sempre il decreto di classificazione, perchè la cosa dal demanio pubblico passi al suo patrimonio.

Altri per contrario credono, che il decreto di classificazione serva a render certo il fatto già avvenuto, e sia una forma non sostanziale nel caso che effettivamente la destinazione all'uso pubblico sia cessata; sicchè da tal momento avvenendo il passaggio dal demanio pubblico al patrimonio, è cominciato il corso della prescrizione. Ed è questa l' opinione più ricevuta dalla scuola e dalla giurisprudenza. Se non che vi è molta incertezza in cosiffatti giudizii derivanti dalle pruove del fatto; cioè, se effettivamente siavi stata mutazione della destinazione dopo la quale è avvenuta l' appropriazione, o pure vi sia stata appropriazione durante la destinazione, sicchè la medesima è causa unica ed apparente del cangiamento della destinazione, la quale perciò deve essere reintegrata.

225. Il patrimonio dello Stato comprende le cose mobili o immobili possedute a titolo di privata proprietà, che secondo il linguaggio classico, *sunt in patrimonio populi*, *in fisci patrimonio*, *o in pecunia populi habentur, ed è soggetto a prescrizione* (1).

---

(1) Patrimonio in senso lato esprime non solo l' insieme dei beni posseduti a titolo di privata proprietà, ma anche i *pubblici* (art. 1, legge sulla Contabilità dello Stato, 17 febbraio 1884).

Se non che fa parte di esso una specie di beni che diconsi *indisponibili*, dei quali l'art. 10 del regolamento dei 4 maggio 1885 dà la definizione: Si considerano disponibili quei beni dello Stato, qualunque sia la provenienza, dei quali si può effettuare la vendita, la permuta, la cessione e l'affrancazione e con i quali si può fare un'operazione finanziaria in virtù e secondo speciali leggi di autorizzazione. Si classificano fra i non disponibili gli altri beni di qualsiasi natura, sui quali lo Stato, sia per la destinazione di essi, sia per disposizioni di leggi speciali non può fare alcuna delle operazioni accennate per i disponibili.

Non bisogna confondere i beni di *uso pubblico,* cioè beni, dei quali chiunque, cittadino o straniero, può usarne secondo il proprio comodo, con i beni indisponibili destinati a servigio governativo — I primi, ai quali per eccezione deve unirsi il demanio militare, che è in uso governativo, costituiscono il demanio; mentre i secondi non cessano di far parte del patrimonio dello Stato, sebbene i medesimi possano servire anche ai singoli che han bisogno del servigio governativo. Così il privato può recarsi nel palazzo di giustizia, nel ministero delle finanze per richiedere la prestazione di quei servizii, ai quali ha interesse.

Tra i beni indisponibili vi ha una specie la quale avrebbe dovuto allogarsi tra quelli destinati ad uso pubblico e far parte del demanio pubblico; e ve ne ha un'altra dedicata a servizii governativi per semplici atti di governo. Tutti i beni indisponibili sebbene formanti parte del patrimonio dello Stato, finchè dura la loro destinazione, sono inalienabili, e perciò sono dichiarati indisponibili: ma sono del pari imprescrittibili?

Per dare una risposta adeguata occorre fare una rapida rassegna dei beni indisponibili.

a) Dotazione della Corona. Il nostro statuto del 4 marzo 1848 sancì la dotazione della Corona da stabilirsi per la durata di ogni regno nella prima legislatura dopo l'avvenimento al trono, e ri-

spetto il patrimonio privato del Re e la sua capacità di possederlo, permise aumentarlo e disporne *more privato* (art. 19, 20).

La legge sarda del 16 marzo 1850 assegnò alla Corona la sua dotazione. Il Re, aggiunse questa legge, potrà fare ai palazzi, ai castelli, alle ville, ai parchi, tutte quelle variazioni di conservazione e di abbellimento che giudicasse convenienti ma a sue spese. I boschi rimangono soggetti alle leggi forestali, consentitone il taglio a turno regolare, e l'abbattimento degli alberi di alto fusto col consenso del ministro del tesoro; le locazioni son da regolarsi secondo le norme dell'usufrutto; le rendite nette di pesi; le azioni attive e passive da promuoversi dal ministro.

Non si sancì nè l'inalienabilità, nè la imprescrittibilità, come faceva la legge francese del 2 marzo 1832, abolita dal decreto repubblicano del 5 settembre 1870.

La legge del 27 giugno 1880 fissò la lista civile e la dotazione pel nostro Re. La lista civile fu fissata a 14,250,000 l'anno, dei quali il Re può fare quello che ne vuole, senza renderne conto a nessuno; ma se Egli o il ministro contraessero debiti nulla si potrebbe pretendere dallo Stato. Si specificarono i beni immobili ed i mobili dei quali si compone la dote, stabilendosi che le raccolte degli oggetti d'arte esistenti nei reali edifizii dovessero conservare nelle attuali sedi la loro destinazione all'uso pubblico ed al servizio delle arti.

La legge non dichiara quale sia la condizione giuridica dei beni della Corona; ma par chiaro che essi sieno inalienabili, poichè nè il proprietario che n'è lo Stato, nè l'usufruttuario che n'è la Corona possono distrarli dall'uso speciale cui sono destinati.

È sorta quistione se siano prescrittibili. Si ritiene che essendo inalienabili sono anche imprescrittibili, destinati come sono ad un uso speciale.

Il Giorgi fa una destinazione. I beni dei quali si compone la dotazione, sono di doppia specie, redditizii e luoghi di delizia ve-

nali, e comprende pure gallerie, pinacoteche, collezioni artistiche e palazzi monumentali—I primi sono soggetti alla prescrizione, perchè l'art. 16 del regolamento 4 maggio 1865 annovera i beni della Corona fra i beni patrimoniali, nè vi si oppone la loro destinazione. I secondi come di uso pubblico non possono esservi soggetti (1).

La dotazione della Corona è uno dei principali servizii governativi, che per la sua destinazione è inalienabile e non pignorabile; ma ciò non esclude che possa prescriversi quella parte di essa della quale si gode *more privato*, quali sono i terreni fruttiferi, le case di campagna ad uso dei coloni. Essendo beni del patrimonio dello Stato, non destinati ad uso pubblico, ma solo ad un eminente servigio governativo, pare eccessiva cosa sottrarli alla prescrizione.

b) Dotazione della Santa Sede.

L' art. 5 della legge dei 13 maggio 1871 statuisce: Il Sommo Pontefice, oltre la dotazione stabilita nell' articolo precedente, continua a godere dei palazzi apostolici Vaticani e Lateranense, con tutti gli edifizii, giardini è terreni annessi e dipendenti, non che della villa di Castel Gandolfo con tutte le sue attinenze e dipendenze. I detti palazzi, villa ed annessi, come pure i musei, la biblioteca e le collezioni d' arti e di archeologia ivi esistenti sono inalienabili, esenti di ogni tassa e peso e da espropriazioni per causa di pubblica utilità.

Facciamo, rispetto alla prescrizione la stessa distinzione, che abbiamo fatto per i beni della Corona.

c) Le miniere di proprietà dello Stato sono tra i suoi beni patrimoniali. L' art. 3 del regolamento 24 settembre 1862 le ha esentate dalla vendita dei beni demaniali: ma questa è una disposizione meramente regolamentare che il governo può tôrre di mezzo, traslatando le miniere tra i beni da liquidarsi, come ha fatto col

---

(1) Vol. 2, n. 111, *Delle persone giuridiche.*

mettere più volte all' asta lo stabilimento montanistico di Agordo.

Non si possono dunque allogare fra le cose *extra commercium* e perciò son soggette alla prescrizione.

d) Fabbricati e stabilimenti addetti a varii servizii governativi.

Sono di due specie. Alcuni hanno preordinazione all' uso pubblico. Tutti gli edifizii monumentali, come ogni veneranda reliquia della storia e dell' arte sono beni di uso pubblico. Si conviene da tutti, che questi sieno inalienabili ed imprescrittibili. Altri edifizii sono addetti unicamente al servizio governativo per allogarsi, per esempio, ministeri, prefetture, tribunali ed uffizii esecutivi di ogni specie.

Vi è una scuola abbastanza numerosa in Francia ed in Italia, la quale assume che tutti gl' immobili destinati a servizio governativo sieno fuor di commercio, da riguardarsi come di uso pubblico. Ma ve n' è un' altra, la quale sostiene che questi immobili son beni patrimoniali, soggetti all' imposta, inalienabili e non pignorabili finchè dura la destinazione, ma non fuori commercio, perchè non sono beni di uso pubblico che è diverso dal servizio governativo, e quindi soggetti alla prescrizione (1).

Avuto riguardo al Codice ed al diritto amministrativo italiano non possiamo non essere di questa seconda scuola. Non li dichiarano beni demaniali gli art. 427 e 428. Invece sono allogati fra i beni patrimoniali tutte le cose le quali sono destinate a servizii governativi, sottoponendosi ad imposta, e sebbene sieno dichiarati *indisponibili*, finchè dura la destinazione, pure non cessano di far parte dei beni patrimoniali. L' inalienabilità è conseguenza necessaria della destinazione e la sua sanzione è più un provvedimento di ricordanza alle autorità governative di non poterne disporre che di dichiararli fuori commercio.

---

(1) Giorgi, vol. 2, n. 121.

È difficile, se non impossibile che possa esservi usurpazione degli edifizii durante la loro destinazione ai servizii governativi e che questa duri pel tempo necessario a prescrivere: sicchè potrebbe parere, che la quistione fosse più teoretica, che pratica; ma non può dirsi altrettanto delle servitù, come sarebbe quella di prospetto, di stillicidio, di appoggio al muro comune e non è difficile che queste, inavvertite dai temporanei amministratori durino trent' anni.

226. Alla numerazione dei beni demaniali dello Stato nei quali abbiam compresi alcuni delle province e dei comuni, dobbiamo aggiungere le fontane pubbliche, i demanii comunali delle province del mezzogiorno ed i cimiteri.

Si è fatta quistione, se le acque di una fontana pubblica eccedenti i bisogni della popolazione sieno soggette a prescrizione.

Laddove l'amministrazione comunale non ha preso alcuna deliberazione sulla parte eccedente, non è dubbio che non possa questa prescriversi. Il bisogno di una determinata quantità di acqua varia secondo le necessità degli abitanti. Può la quantità dell' acqua diminuire per avvenimenti naturali ordinarii o straordinarii e può per condizioni speciali crescere la necessità di usarne. Onde finchè non cessi per determinazione dell'autorità competente di formar parte dell'acqua della fontana qualsiasi parte di essa, ancorchè ecceda l'uso degli abitanti, ancorchè si disperda, ancorchè altri se ne impossessi con opere visibili e permanenti, non si può opporre la prescrizione al comune, il quale nelle vie amministrative e giudiziarie può sempre reintegrare la cosa al pubblico uso.

Il possessore che ha goduto dell' acqua, non ha potuto usarne che *jure civitatis*, per mera facoltà, la quale non potendo essere fondamento di legittimo possesso, non ha potuto fargli acquistare una proprietà esclusiva.

È notevole una sentenza della Corte di cassazione di Napoli del 7 novembre 1876 colla quale si dichiarò: Il supero delle acque di una pubblica fontana non può essere materia di prescrizione. Se l'autorità amministrativa di un comune per causa di pub-

blica utilità crede riformare la fontana medesima, non può essere tenuta di alcuna responsabilità verso i privati cittadini che per avventura vedessero sminuiti i vantaggi che prima si avevano. Nè le opere manufatte od apparenti potrebbero ad essi giovare, poichè se il godimento dell'acqua è fondato sulla mera condiscendenza e tolleranza, l'indole del possesso e la destinazione dell'acqua non possono giammai fare acquistare la servitù.

Se poi l'amministrazione comunale ha fatto concessione di tutta o di parte dell'acqua, occorre esaminare in fatto, se la concessione sia stata fatta, senza intenzione di cangiarne diffinitivamente la destinazione, ma si è voluto temporaneamente disporne secondo la condizione attuale della quantità dell'acqua e dei bisogni del comune, o pure siasi inteso di togliere a tutta o a parte dell'acqua la sua qualità di acqua pubblica, immutandone diffinitivamente la destinazione.

Nel primo caso la concessione è sempre rivocabile, se i sopraggiunti bisogni del comune o pure la quantità, cui l'acqua si è ridotta, il richiedesse, salvo naturalmente la restituzione del prezzo, o la cessazione della convenuta prestazione. Nel secondo caso, essendovi stato coll'alienazione definitivo cangiamento di destinazione, il comune, se l'utilità pubblica il richiede, non altro modo ha per venire in possesso dell'acqua che di spropriarla per ragione di pubblica utilità, come *res aliena*.

Si fa anche quistione se possa acquistarsi per prescrizione una servitù di scolo a danno della fontana nei sensi dell'articolo 637.

Diciamo di no; perchè una servitù sulle acque pubbliche non è possibile; ma sopra di ciò torneremo nel Capo relativo all'acquisto delle servitù, fra le quali vi è quella dell'art. 637 (1).

227. Sono *extra commercium* i demanii comunali delle province

(1) Le Roux de Bretagne, n. 190.

napoletane, aperte agli usi civici degli abitanti, per la legge comunale del 1816, in tal parte tuttavia in vigore.

È nell' interesse della stabilità dei dominii, che la materia demaniale dei comuni delle nostre province si prenda in esame per determinare, in quali limiti si possa sancire una prescrizione nell' interesse dei terzi, poichè oggi quando la demanialità è provata, lo stesso possesso immemorabile non produce alcun effetto. Ed abbiamo dolorosamente assistito a spogli legali di più famiglie, la cui base economica era fondata sopra patrimonii acquistati nel 1817 all' asta pubblica, dei quali avevano pagato il prezzo ai creditori secondo le note di graduazione, sol perchè i terreni erano di natura demaniali. Nel decreto del 3 luglio 1861 fra le istruzioni che davansi ai Commissarii demaniali, eravi la seguente: Art. 49. I Commissarii si asterranno dall'adottare il procedimento eccezionale della reintegra: 1° quando l' istanza del comune non sia fondata sulla dichiarazione giuridica, generica come si voglia, della demanialità del fondo controvertito; 2° ovvero il prevenuto di occupazione possegga da trent'anni senza molestie nè di fatto nè di diritto, o da dieci anni con giusto titolo e buona fede. Ma un decreto posteriore del 6 dicembre 1863 rivocò tale articolo, come quello che era nocivo agl' interessi dei comuni, difforme dalla storia giuridica dei demanii comunali e feudali. Se non che vi rimase inalterato l' art. 50 che era la conseguenza dell' art. 49: In tutti questi casi, i Commissarii faranno accurata disamina del fondamento che avrebbe l' istanza del comune nel giudizio plenario e ne riferiranno ai governatori delle province, perchè sia naturalmente giudicato se convenga seguire come giovevole, o abbandonare come inutile questo esperimento amministrativo. E poichè l' abbandono non è che l'effetto di un provvedimento amministrativo, rivocabile se e quando occorra, i possessori sono sempre in una condizione incerta e precaria.

La Corte di cassaz. di Napoli con sentenza del 13 luglio 1880

ritenne, che non si prescrive col decorrimento di trent' anni l'azione relativa ai demanii comunali quantunque in detto periodo non si fosse attuato quanto venne disposto con ordinanza del Commissario ripartitore. Requisito essenziale è il possesso, ma i diritti inerenti ai demanii comunali inseparabili dalla vita sociale sono incapaci di possesso. Nè può colpire il giudicato che lungi di creare novelli diritti e doveri, dichiara quelli già preesistenti onde i diritti medesimi non perdono la loro fisonomia nè la loro intrinseca sostanziale entità. Per cui se sono imprescrittibili i diritti delle università per ottenere sopra i demanii un corrispettivo degli usi civici, altrettanto deve dirsi del giudicato che tali diritti abbia riconosciuto.

Si è anche giudicato, che sia nulla un' espropriazione forzata dei beni patrimoniali di un comune qualora posteriormente si riconosca che i beni siano demaniali o pure il comune abbia mancato di domandare la nullità degli atti di spropriazione, pur conoscendo la qualità dei beni.

228. I cimiteri son considerati come fuori commercio; non così i sepolcri privati in essi esistenti. Essendo questi di proprietà o di uso privato sono soggetti alla prescrizione come ogni altro immobile di proprietà privata nel reciproco rapporto di coloro che vi affacciano un diritto, sebbene sia ciò difficile ad intervenire per la diretta vigilanza ed intervento delle autorità municipali, giusta i regolamenti.

229. Fra i beni patrimoniali delle province e dei comuni bisogna collocare gli edifizii e tutti gli altri stabilimenti addetti a servizii provinciali e comunali; non potendosi confondere con quelli di uso pubblico, i soli non soggetti a prescrizione. La legge ed i regolamenti non fanno distinzione fra i beni patrimoniali disponibili ed indisponibili, come fanno dei beni patrimoniali dello Stato. Imperocchè il modo di alienazione dei beni patrimoniali addetti ai servizii provinciali e comunali è identico a quello dei beni non ad-

detti a questo uso, dipendendo dalla provincia e dal comune il disporne con le norme stabilite dalla legge e nel disporre necessariamente provvedono al mutamento di destinazione. Il che ci conferma nel concetto, che i beni patrimoniali indisponibili dello Stato che non possono essere allogati tra quelli di uso pubblico diverso dall'uso o servizio governativo, non possono esimersi dalla prescrizione. Non vogliamo essere però fraintesi. La prescrittibilità degli edifizii destinati a servizii governativi, provinciali e comunali non trae seco la conseguenza che possano essere pignorati ed espropriati, dipendendone la risoluzione da altri principii di diritto, fondati sulla destinazione a servizio pubblico dello Stato, della provincia e del comune che non può essere cangiato senza le determinazioni degli enti rispettivi con le forme speciali, che la legge determina.

230. Il Codice tace delle Chiese.

L' art. 1° del nostro Statuto del 4 marzo 1848 dichiara che la Religione cattolica apostolica e romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi.

Le Chiese destinate al culto cattolico sono perciò di uso pubblico e fuori commercio. Ciò non è detto espressamente in alcun testo di legge, ma è conseguenza legittima del detto art. 1° dello Statuto e del diritto ecclesiastico interno, che ne regola l' uso e la destinazione. Le Chiese Cattedrali, le parrocchiali, tutte quelle che dipendono dall'amministrazione del fondo pel culto e dall'economato, le provinciali e le comunali, destinate al culto pubblico sono di uso pubblico, aperte a tutti, cittadini e stranieri, e finchè conservano tale destinazione non possono essere soggette a prescrizione.

Vi sono però Chiese appartenenti a privati o ad enti morali, delle quali l'uso è da esse regolato anche nel vantaggio pubblico; ma siccome questo è tutto governato dalla volontà dei rispettivi

patroni delle medesime, che può esser tolto, o ristretto quando così credono conveniente, così non possono essere ritenute come di uso pubblico ed incapaci di prescrizione.

I templi poi dei protestanti, appartenendo alle rispettive confessioni religiose, non possono ritenersi di uso pubblico e sotto l'aspetto della prescrizione sono soggette al diritto comune.

231. La Corte di cassazione di Napoli con sentenza dei 22 aprile 1879 ha ritenuto che sono capaci di privata proprietà e quindi alienabili e prescrittibili i beni delle Commende familiari dell' ordine Costantiniano. Gli ordini cavallereschi, religiosi nella loro origine, divenuti col volgere del tempo militari o misti ed oggi diretti a premiare il merito, non possono altrimenti considerarsi se non come altrettanti pubblici istituti o corporazioni ammessi perciò al godimento dei diritti civili, come ogni altra persona. E con altra sentenza del 1879 ritenne, che si possa opporre la prescrizione acquisitiva contro la domanda di revindicazione proposta dal godente un benefizio. I beni della Chiesa fra i quali sono annoverati quelli addetti ai benefizii erano soggetti a prescrizione per le leggi civili napolitane. Soltanto per i due rescritti del 1838 e 1841 quando la prescrizione era validamente opposta contro la Chiesa, i magistrati dovevano sospendere la pronunziazione, ma di quelli rescritti non è più a tenerne ragione poscia che vennero abrogati col decreto dittatoriale del 14 dicembre 1860.

232. Da quanto abbiam discorso appare chiaro non esser necessaria un' apposita trattazione degli atti facoltativi, che non possono servir di fondamento alla prescrizione secondo l' articolo 688. Se elemento essenziale del possesso legittimo, che fa acquistar la proprietà o il diritto per mezzo della prescrizione, è quello della detenzione o del godimento *animo rem sibi habendi*, l' atto facoltativo è la negazione del dritto individuale esclusivo; per cui la teo rica della possibilità del possesso legittimo rende inutile il discorso speciale delle facoltà comuni che si hanno come uomo e come cit-

tadino. Delle facoltà concesse poi a tutti i proprietarii come tali, nell' interesse generale, abbiamo ragionato, secondo che è occorso nei luoghi opportuni.

233. Esaurito lo svolgimento della condizione necessaria per acquistare le cose mediante la prescrizione, cioè del possesso legittimo, ci rimane a discorrere quali cose sebbene di proprietà privata non si possono acquistare per prescrizione.

Le cose di proprietà privata sono immobili o mobili (art. 406). E l' articolo 710 statuisce, che possono acquistarsi per mezzo della prescrizione la proprietà e gli altri diritti sulle cose.

Ragioniamo prima degl' immobili.

La proprietà è piena o semipiena: può esservi un nudo proprietario ed un usufruttuario, un domino diretto ed un enfiteuta; un proprietario ed un superficiario. Tanto la proprietà piena, che ciascuna delle sue frazioni può acquistarsi per prescrizione.

Un tale dona la nuda proprietà di un immobile e si riserba l' usufrutto. Il vero proprietario revindica e l' uno e l' altro, ma l'azione revindicatoria della nuda proprietà è dichiarata prescritta pel decorso di dieci o di trent' anni, secondo i casi ed è ammessa quella relativa all' usufrutto. Il donatario avrà acquistato per prescrizione la nuda proprietà, alla quale si consoliderà l' usufrutto appena estinto.

Un tale, assumendo di essere un domino diretto o un enfiteuta o un superficiario vende quel diritto che non ha. Il compratore lo acquista per prescrizione col possesso legittimo prolungato pel periodo di tempo necessario per la prescrizione.

Tale altro usurpa il fondo enfiteutico, o costruisce sul fondo altrui. L' usurpatore o il costruttore col possesso legittimo ne acquista il diritto per prescrizione (1).

Si è fatto dubbio, se il condominio possa acquistarsi per pre-

(1) Consulta il numero 20 e seg.

scrizione. Il condominio consiste in una parte ideale di un fondo indiviso, e come si può acquistare l'assoluta proprietà del fondo, se ne può acquistare la parte sebbene non sia certa e determinata.

234. In quanto ai mobili, bisogna distinguere quelli che tali sono per natura da quelli che son considerati tali per determinazione della legge.

Il possessore de' beni mobili per loro natura è considerato proprietario, se è di buona fede. Il possesso gli vale per titolo: e non ha bisogno di ricorrere alla prescrizione. Il vero proprietario del mobile da altri in buona fede posseduto è respinto nella sua domanda di revindicazione, se il possesso sia di buona fede ed il mobile non sia stato nè smarrito nè rubato (art. 707, 708) (1).

Ma se il possessore sia di mala fede, può acquistarne la proprietà per prescrizione qualora il suo possesso legittimo è durato trent'anni. Alcuni ne dubitano; ma non vi può essere ragione il dubbio; perchè, tranne la eccezione contenuta negli articoli 707 e 708 per i possessori di buona fede, non ve n'è alcuna per i possessori di mala fede.

La condizione loro giuridica è identica a quella di un possessore di un immobile (art. 2135). Deve concorrere cioè la prescrizione estintiva ed acquisitiva.

Se non che per i possessori di buona fede di un immobile vi può essere la prescrizione di dieci anni (art. 2127), mentre i possessori di buona fede di un mobile non hanno necessità di ricorrere alla prescrizione (art. 707, 708).

235. Rispetto poi ai mobili per determinazione della legge, non è possibile la prescrizione acquisitiva, ma la sola estintiva. Il diritto ai medesimi nasce dalla legge, dal contratto, dal delitto e dal quasi delitto (art. 1037) e si estingue per prescrizione (articolo 1236).

---

(1) Consulta il n. 186 e seg.

Le persone sono obbligate, e non le cose, ed i soli diritti sulle cose si acquistano per prescrizione (art. 710).

Talvolta la legge chiama possessore chi ha un diritto personale (art. 1241, 1538), per significare colui che s' investe dell' esercizio del diritto o vi si trova; ma è un possesso che il debitore può far cessare negandosi di eseguir l' obbligazione, richiedendo anche la restituzione di quello che ha pagato; perchè ogni pagamento suppone un debito e ciò che è pagato senza esser dovuto, è soggetto a ripetizione (art. 1237).

È nato qualche dubbio per le rendite perpetue. La rendita perpetua costituiva secondo la legislazione statutaria un diritto reale, conosciuta sotto il nome di censo riservativo.

Oggi tutte le rendite, qualunque ne sia l' origine e la natura, eccetto le enfiteutiche, sono mobiliari, assomigliate a meri crediti. Di esse abbiamo scritto una larga monografia alla quale non sappiamo aggiungere altro.

Dell' acquisto delle servitù prediali diremo, in un capo speciale, avuto riguardo alla loro importanza ed alle difficoltà che offre.

236. Non appartiene al nostro argomento il discorrere del modo come si prova il possesso. Ci limitiamo a dire, che possa essere dimostrato con ogni genere di prova, essendo un fatto. Il Codice stabilisce alcune presunzioni. Il possesso attuale non fa presumere l' antico, ma se il medesimo è fondato sopra un titolo, si presume che abbia posseduto dalla data del titolo (art. 692). Se si prova che oltre il tempo attuale si sia posseduto in tempo più remoto, si presume che si sia posseduto anche nel tempo intermedio (art. 691).

Sono presunzioni legali contro le quali si ammette la prova.

In quanto poi alla qualità del possesso, si presume sempre che ciascuno possegga per sè stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui. Quando siasi cominciato a possedere in nome altrui, si presume

sempre che il possesso abbia continuato con lo stesso titolo, qualora non siavi prova in contrario (articolo 687). La quale disposizione combacia con quanto abbiam detto sulla inversione del possesso.

CAPO OTTAVO

DELLA PRESCRIZIONE ACQUISITIVA DI DIECI ANNI.

SOMMARIO

237. Condizioni necessarie per la prescrizione di dieci anni—238. La successione ossia il titolo *pro herede* non è, per sè, titolo abile a far acquistare per prescrizione decennale—239. Sono titoli abili la donazione, la vendita, la permuta, la dazione *in solutum*—240. La transazione non è reputato titolo traslativo—241. Neanche la divisione dell'eredità o di una cosa comune è titolo abile per la prescrizione—242. Se la società sia titolo abile per la prescrizione: distinzione—243. Se le sentenze sieno titolo abile per la prescrizione—244. Si può acquistare per prescrizione decennale *pro legato*—245. Osta alla prescrizione la nullità di forma del titolo—246. È necessaria la trascrizione del titolo—247. È necessaria la buona fede—248. Se negli enti morali sia possibile la mala fede—249. Dell'effetto delle condizioni risolutive e sospensive sulla prescrizione—250. La buona fede deve esistere al momento dell'acquisto—251. Della necessità del possesso—252. Non si dà prescrizione decennale che dei soli immobili e dritti reali, esclusi i mobili ed il *jus hereditarium*, ancorchè sia composto d'immobili—253. Si ammette la prescrizione decennale delle navi.

237. L'articolo 2137 è scritto così:

Chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo che sia stato debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione.

L'articolo 2265 del Codice francese dice:

Colui che acquista in buona fede e con giusto titolo, un immobile, ne prescrive la proprietà col decorso di dieci anni....

L' articolo 2267 aggiunge:

Un titolo nullo per difetto di forma non può servire di base alla prescrizione di dieci anni.

Il Codice francese tien ragione dell' assenza del vero proprietario. Se il vero proprietario domicilia fuori il territorio della Corte di appello dentro del quale è situato l' immobile, occorrono per la prescrizione venti anni. Il Codice italiano fissa la prescrizione a dieci anni dovunque domicilii il vero padrone.

Le condizioni necessarie per la prescrizione decennale sono le seguenti:

1. L' acquisto di un immobile in buona fede.

2. Il titolo dell' acquisto debitamente trascritto, non nullo per difetto di forma.

3. Il possesso legittimo. Ciò l'articolo non dice, ma è presupposto, avendo l' articolo 2106 statuito, che, per acquistare mediante la prescrizione, è necessario un possesso legittimo. Nel progetto dicevasi:

Chi possiede, seguendo la locuzione dell' articolo 2372 del Codice di Parma; vi fu sostituita la frase *Chi acquista*, che è quella del Codice francese.

La voce *titolo* ha diversi significati. Secondo l' articolo 2265 del Codice francese *giusto titolo* è la causa idonea per legge a trasferire un diritto di proprietà, e per l' articolo 2267 dello stesso Codice, *titolo* è il documento (*instrumentum*), la scrittura, che lo dimostra.

Giusta il Codice italiano la voce *titolo* è usata per significare la scrittura, l' atto, col quale si trasferisce la proprietà (art. 1932); poichè è l' atto, è il documento, è la scrittura, che si deve trascrivere, e che deve essere valido nella forma.

La diversità di compilazione tra il Codice francese e l'italiano, e il diverso significato, nel quale è usata la parola *titolo*, non modifica il contenuto nei due Codici; poichè, mettendo la disposizione

dei detti articoli in relazione colle altre, che si trovano in entrambi i Codici, si giunge agli stessi risultati. Se non che nel commentare l'articolo del Codice italiano non possiamo seguire interamente la scuola francese.

238. *Chi acquista.... un immobile....*

Il modo di acquistare un immobile è stabilito nell'art. 710: La proprietà si acquista coll'occupazione.... La proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano e si trasmettono per successione, per donazione e per effetto di convenzioni. Possono anche acquistarsi per mezzo di prescrizione.

L'acquisto per occupazione è interamente estraneo alla materia della prescrizione. L'occupazione è un modo originario di acquisto che non ha bisogno di scrittura, mentre la prescrizione *decennale* suppone un modo derivativo di acquisto, contenente una apparente trasmissione di proprietà mediante scrittura.

La successione legittima e testamentaria sebbene sia modo legittimo di trasmissione e di acquisto, pure non può essere causa di una prescrizione decennale. Mediante la successione, il patrimonio del defunto si trasmette all'erede, che l'acquista. E se nell'anzidetto patrimonio vi è un immobile *posseduto* dal defunto, il possesso si trasmette e si acquista dall'erede nello stesso modo come l'aveva il defunto. Il possesso tale quale è presso del defunto *continua* nell'erede (art. 693). Questi non può cominciare un nuovo possesso; rispetto ad esso si considera come fosse il defunto stesso. Per giudicare del modo di acquisto per prescrizione decennale di un immobile posseduto dal defunto, occorre risalire alla data ed alla qualità del possesso del medesimo, se sia legittimo o pur no, e se sia fondato su titolo valido nella forma e debitamente trascritto, perocchè la morte del defunto non fa variare nè interrompere il possesso ed il corso della prescrizione.

La causa dunque di possedere derivante dalla successione, cioè il titolo *pro herede*, per sè, non è causa idonea a far acquistare la proprietà mediante la prescrizione di dieci anni.

239. Modo di trasmettere ed acquistare la proprietà è la donazione, la quale, ancorchè comprenda tutti gl' immobili presenti del donante, è sempre trasmissione a titolo singolare.

È quistione, se la divisione fatta dal padre, dalla madre e da altri ascendenti fra loro discendenti per atto tra vivi costituisca un titolo traslativo di proprietà, idoneo alla prescrizione. Si osserva da alcuni, che, ciò che si è acquistato per donazione in anticipazione della successione, è come se fosse stato acquistato per causa della stessa successione, sebbene si usino le forme della donazione in sostanza la disposizione non è, che una distribuzione fra gli eredi dei beni presenti, tanto che è nulla se non vi si comprendono tutti i figli, e si può rescindere per lesione oltre il quarto. Ma altri hanno osservato, che la divisione dell' eredità non è titolo traslativo di proprietà della medesima, perchè il diritto è stato *ipso jure* acquistato alla morte, e la divisione non fa che determinarlo in una parte certa; ma nella divisione fatta in vita con donazione si trasferisce la proprietà dei beni a ciascuno dei figli, in parti certe e determinate, a titolo singolare, ancorchè poscia non si dichiarino eredi rinunziando alla successione. Vi è acquisto a titolo singolare e nuovo possesso, al quale si può senza potervi essere costretti congiungere quello dell' autore.

La costituzion di dote di un immobile che fa una donna a sè stessa, trasferendone la proprietà al marito a mente dell' art. 1402, è titolo idoneo per la prescrizione.

Modo di acquisto è la convenzione che ha per oggetto la traslazione della proprietà (art. 1125); quale è la vendita, la permuta, la dazione in pagamento.

240. Convenzione è anche la transazione; essa è un contratto; con cui le parti, dando, promettendo o ritenendo ciascuno qualche cosa, pongono fine ad una lite già cominciata, o prevengono una lite, che può sorgere (art. 1764).

Il Diritto romano dice: *Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis usucapere possunt* (1).

Scopo della transazione è di dichiarare i diritti dubbii e controversi, non di creare nuovi titoli, per cui il possesso è fondato sul titolo precedente, che venne riconosciuto.

La scuola moderna non la ritiene in genere, come causa abile di un acquisto per prescrizione, e noi con essa diciamo lo stesso, purchè la transazione non contenga altro contratto traslativo di proprietà.

Come, per modo di esempio, uno dei contraenti in soddisfazione delle somme che si sono transatte, mi dà in pagamento un immobile come a lui appartenente.

241. La divisione non è titolo per acquistare mediante la prescrizione.

Il Diritto romano dice: *Si per errorem de alicujus fundis, quasi de communibus, judicio communi dividundo accepto, ex adjudicatione possidere caeperim, longo tempore capere possim* (2).

La divisione oggi è dichiarativa di dritti (art. 1034, 684, 1736). Si determina con essa la parte certa della cosa ereditaria o comune, spettante a ciascun partecipante, reputandosi che la medesima così gli fosse provenuta direttamente dal comune autore. Per cui o l'immobile era già posseduto dall'autore e l'erede ne continua il possesso, quale era, o pure l'autore non ne era il possessore e per errore l'immobile è stato compreso nella divisione, e, come vedremo, il titolo putativo non può essere fondamento di prescrizione.

242. Il contratto di società può essere un titolo traslativo di proprietà, se uno o più socii conferiscono nella medesima uno o più immobili. O la società è una di quelle che costituiscono un ente morale, e, proprietario diventando l'ente, vi è trasmissione del dominio dal socio all'ente; tanto che l'articolo 1709 stabi-

(1) L. 8, C., *pro empt.*, 7, 26. Framm. 29, D., *de usurpat.*, 41, 3.

(2) Fr. 17, D., *usurp.*, 41, 3.

lisce, che se la società ne soffre la evizione, il socio, che ha conferito l'immobile, ne è garante verso la società, nel modo stesso che il venditore è obbligato per l' evizione a favore del compratore: o pure la società consiste in una semplice comunione di beni, e ciascuno dei socii diventa condomino dell'immobile conferito. Vi è dunque trasferimento da un socio agli altri di una quota parte dell'immobile divenuto comune.

L'ente sociale, divenuto proprietario dell' immobile, cominciar può la prescrizione di dieci anni, se riunisce le altre condizioni volute dalla legge.

Anche quando la società si riduce ad una semplice comunione di beni, ciascuno dei socii può cominciar la prescrizione della quota ideale della quale è divenuto proprietario.

Se n'è dubitato, quando il socio conferente fosse di mala fede, la quale durante la comunione si comunica agli altri socii. Ma le leggi non riconoscono la comunicazione della mala fede ai condomini fra loro, poichè ciascuno di essi è proprietario di una quota dell' immobile, incerta e non determinata ma distinta idealmente l' una dall' altra, e può alcuno possederla in buona fede ed un altro no.

Per lo scioglimento della società, occorre fare la stessa distinzione, se consista in un ente distinto da quello dei socii, o pure sia una mera comunione. Nel primo caso l'autore comune è l'ente, dal quale si reputa che ciascuno abbia direttamente avuto la sua quota certa dell'immobile, per cui il possesso prosegue, come l'avea l'ente; la divisione non essendo titolo traslativo. Si fa dubbio, se l'immobile cada nella quota del socio conferente, che era in mala fede, quando lo ha conferito nella società. Gli nuoce o pur no la sua mala fede anteriore al trasferimento dell'immobile che egli ha fatto all'ente?

Pare di no; perchè egli prosegue il possesso dell' ente che è il suo autore, che era in buona fede, e la mala fede sopravvenuta nel successore non impedisce il corso della prescrizione. La

sua mala fede anteriore al trasferimento all'ente che era in buona fede , non ha impedito a questo di cominciare il corso della prescrizione decennale, e colui che gli succede per divisione, non ne acquista la proprietà come se fosse un acquisto novello, ma prende la parte che già gli spettava come avente causa dall' ente. La divisione ha convertito la sua quota ideale in quota certa e determinata.

Se non che il vero proprietario ha l' azione personale contro questo socio , il quale ha trasferito ad altri l' immobile che non era suo , per essere rinfrancato dei danni ed interessi , e poichè l'immobile si trova nel possesso di questo socio, può essere il medesimo condannato a restituirlo al vero proprietario in luogo dei danni.

Nel secondo caso, se cioè la società consista in una semplice comunione, la divisione dell'immobile non muta la condizione giuridica dei socii, non operando la detta divisione che la determinazione della quota ideale in parte certa e distinta.

Ma se l'immobile cade nella quota del conferente, egli succede a sè stesso, e la mala fede anteriore al conferimento gli nuoce per la parte; e deve restituire l'intero immobile, come equivalente dei danni dovuti al vero proprietario, il cui immobile alienò indebitamente.

243. Le sentenze sono dichiarative del diritto delle parti messo in controversia ed hanno valore fra le sole parti litiganti. Esse per conseguenza non essendo traslative ma ricognitive della proprietà, non possono servir di fondamento alla prescrizione. Se ne debbono escludere quelle sentenze , le quali sebbene ne abbiano la forma , pure sono titoli di trasferimento della proprietà, quali sono quelle di aggiudicazione nelle vendite volontarie o forzose, e le altre, che dichiarano la esistenza di una convenzione verbale della natura di quelle enunciate nei diversi numeri dell'articolo 1932, o che trasferiscono dei diritti.

Si è molto scritto su detto articolo, taluni credendolo inutile ,

perchè, le convenzioni indicate nell' articolo 1932 dovendosi fare per iscritto sotto pena di nullità (art. 1314), non si può verificare una sentenza che dichiari la esistenza e la validità di convenzioni verbali.

La censura non mi par giusta.

Prima del Codice italiano, che vuole lo scritto per le convenzioni specificate nell'articolo 1314, alcune delle diverse legislazioni degli Stati d'Italia non richiedevano per tutte atto scritto , e se lo richiedevano, lo era *ad probationem ;* per cui possono verificarsi sentenze che dichiarino esistenti convenzioni verbalmente fatte prima del 31 dicembre 1865.

Non tutte poi le convenzioni specificate nei diversi numeri dell' articolo 1932 debbono essere fatte in iscritto , secondo la specificazione fattane nell' articolo 1314. Ve ne sono alcune che possono farsi verbalmente, di guisa che le sentenze le quali dichiarano la esistenza di verbali convenzioni possono riferirsi a quelle che giuridicamente son valide , sebbene fatte verbalmente (n. 7 dell' articolo 1932).

Ed anche può essere utile l'articolo per le convenzioni, le quali son nulle se non sieno fatte con scrittura ; poichè non essendo la nullità d' interesse pubblico , può non essere proposta dalla parte , accettando la convenzione verbale. Ed in ciò le parti convenendo, non è impedito al giudice, di far dare atto alle medesime del reciproco consenso espresso nelle conclusioni dichiarando la esistenza della verbale convenzione. E di queste sentenze ne abbiamo letto alcune. Anche quando si opini, che il giudice non possa dar atto alle parti delle convenzioni verbali relative alle convenzioni indicate nell'articolo 1314, pure si dànno tante varietà di casi, che occorre farne la dichiarazione incidentalmente; sicchè non è improvvida nè inutile la prescrizione del numero ottavo dell'art. 1932.

Si è fatto anche quistione, se lo spazio di dieci anni per potersi acquistare un immobile, cominci a correre dal dì della trascrizione della sentenza di aggiudicazione, o da quella della tra-

scrizione del precetto, e si è ritenuto, che la trascrizione del precetto, producendo il solo sequestro giudiziario e non il trasferimento della proprietà, non può essere principio di prescrizione (1).

244. Titolo traslativo di proprietà è la disposizione testamentaria di un legato a titolo particolare (art. 862.)

Oggi si dubita, se possa dar principio alla prescrizione di dieci anni, perchè per la medesima è condizione necessaria la trascrizione del titolo, ed il testamento non si deve trascrivere.

L' articolo 1932 stabilisce quali atti *debbono* essere trascritti e l' articolo 1942 ne determina gli effetti. Fra gli atti da trascriversi non è compreso il testamento, onde se l'erede aliena la cosa legata, il legatario ha diritto di revindicarla dall' acquirente, sebbene avesse trascritto il suo titolo. Questi non può opporre al legatario il difetto di trascrizione per essergli preferito a norma dell' articolo 1942, perchè il legatario è dispensato dall' articolo 1932 dal trascrivere il suo titolo. È un *jus singulare* introdotto nel vantaggio del legatario, il quale essendo estraneo al testamento, può ignorarne la disposizione, per cui non si è voluto, che la mala volontà dell' erede potesse colle sue indebite alienazioni annullare il legato.

Ma niuno articolo di legge impedisce al legatario di domandare la trascrizione del suo titolo, nè al conservatore di eseguirla. E, se per godere gli effetti della prescrizione decennale, la legge vuole come condizione essenziale senza eccezioni, che il titolo sia trascritto, il legatario usa di un suo diritto, quando per virtù dell'articolo 2137 intende di trascrivere il titolo.

Crediamo dunque, che la disposizione testamentaria di un legato d' immobile sia titolo abile a trasferire la proprietà per la prescrizione di dieci anni e che debba essere trascritta per l' articolo 2137; che il conservatore non possa rifiutarsi ad operar la trascrizione, perchè se l' articolo 2137 ne faculta il legatario, ne sorge necessariamente l'obbligo del conservatore; che l'articolo 1932

Cass. di Napoli, 1 agosto 1876.

imponendo l'obbligo della trascrizione di taluni atti per averne gli effetti determinati nella sezione, di cui è principio il detto articolo, non esclude che si possano trascrivere altri titoli per averne gli effetti specificati in altri articoli del Codice. Valga anche per esempio l'articolo 2041, che vuole la trascrizione del titolo dell'acquirente per tentare la procedura necessaria per liberare gl'immobili dalle ipoteche. Se l'acquirente è un legatario, il conservatore non può rifiutarsi a trascrivere il suo titolo. Ed anche un altro esempio è nell'articolo 2020 secondo il quale il terzo possessore, che può essere un legatario, non ha diritto ai miglioramenti sull'immobile legato rispetto ai creditori iscritti che dal dì della trascrizione del suo titolo.

245. La seconda condizione è, che il titolo non sia nullo per difetto di forma. Vi sono atti nulli in modo assoluto per difetto di forma, per i quali è scritto l'articolo 1310: « Non si possono sanare con verun atto confermativo i vizii di un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità ». Tali sono la donazione, il testamento ed i contratti di matrimonio. Non pertanto l'articolo 1311 permette la ratifica, la conferma o l'esecuzione volontaria di una donazione o di un testamento per parte degli eredi o aventi causa dal donante o dal testatore, dopo la morte di questi.

La ratifica posteriore dell'atto fatto dagli eredi del donante o del testatore non fa venir meno la nullità della scrittura sotto l'aspetto della buona fede, la quale deve esistere nel momento che si acquista.

Ed è per questa ragione che non discendiamo nell'esame degli atti non assolutamente nulli e che si possono confermare, ratificare od eseguire da chi vi è interessato, perchè la risoluzione del quesito, se le nullità relative si sian volute comprendere nelle espressioni « *titolo non nullo nella forma* », rimane assorbito da quello del requisito della buona o mala fede.

246. Il titolo deve esser trascritto. La trascrizione, dando pubblicità all'atto traslativo di proprietà, può impedire l'inganno di

coloro ai quali l'alienante cerca di alienare lo stesso immobile, dopo di averlo ad altri alienato, e può anche giovare al vero proprietario in quanto che venendo in cognizione che il *possessore* ha alienato l'immobile suo, può affrettare lo sperimento di un'azione revindicatoria.

A costituire in dote a sua figlia l'immobile tusculano in nuda proprietà, riserbandosi il possesso. La figlia non trascrive.

Poscia A vende l'immobile tusculano a B, che in buona fede l'acquista e trascrive.

Muore A, che è l'alienante.

La figlia muove azione revindicatoria contro il compratore, il quale le oppone il difetto di trascrizione, e deve aver ragione, perchè la figlia non avendo trascritto il suo titolo, questo si ha per inesistente rispetto al secondo acquirente (art. 1942). Manca nel caso ogni materia di prescrizione.

A possiede il fondo tusculano, che è di B, il quale può revindicarlo fra trent'anni, non avendo il possessore nè titolo nè buona fede.

A vende a C, il quale trascrive il suo titolo di acquisto. B è messo dalla trascrizione in sull'avviso di essergli stato abbreviato il termine, entro il quale deve interrompere la prescrizione.

Operandosi la trascrizione per nomi e cognomi, il vero proprietario sotto il nome del *possessore* troverà annotata l'alienazione trascritta. E ciò gli riesce di grande utilità se il possessore sia precario, cioè suo conduttore, o creditore anticretico e simili; venendo a notizia della inversione del possesso.

Ma se colui che aliena, non sia *possessore*, è difficile che il vero proprietario possa venirne in cognizione. Essendo le trascrizioni fatte per nomi e cognomi delle parti, il vero proprietario dovrebbe sapere il nome dei contraenti; e sapendone il nome, a tutelare i suoi interessi gli è inutile sapere, se il contratto sia stato o pur no trascritto, potendo limitarsi solo ad interrompere la prescrizione.

247. L'acquisto deve essere stato fatto in buona fede.

L' articolo 701 statuisce, che è possessore di buona fede, chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile e trasferire il dominio, del qual titolo ignorava i vizii.

Sul quale articolo ebbe luogo una seria discussione nella Commissione del Senato incaricata ad esaminarlo, come riferisce il relatore de Foresta: « Si pretendeva, che se quando si tratta dell' usucapione sta bene che non si consideri in buona fede chi possiede in virtù di un titolo abile a trasferire il dominio di cui non ignori i vizii, la stessa massima non possa applicarsi al possesso di colui che invoca la buona fede all' effetto soltanto di esimersi dall' obbligo di restituire i frutti percepiti dalla cosa posseduta e volevasi che fosse perciò in tal modo modificato l'articolo. Ma checchè sia del diritto costituito e della relativa giurisprudenza, trattandosi ora *de jure constituendo*, la Commissione ha creduto che giustamente l' articolo dispone senza alcuna distinzione, che è possessore di buona fede solo colui che possiede in virtù di un titolo di cui ignori i vizii; imperocchè non è mai possibile di ritenere in buona fede quegli che possiede una cosa sapendo di non avere alcun titolo, val quando dire alcuna ragione per possederla.

« Nè può rispondersi che egli abbia trovata la cosa nel patrimonio del suo autore, ignorando che questi la possedesse senza titolo ed indebitamente, mentre appena occorre di osservare che in tal caso possederebbe a titolo di erede o di legatario, che è pur titolo abile a trasferire il dominio.

« La disposizione d' altronde di questo articolo è conforme a quella dell' articolo 550 del Codice civile francese, e di tutti i Codici vigenti in Italia, compreso il Codice sardo; ed è a notarsi che tutti questi Codici definiscono il possessore di buona fede nello stesso modo là appunto dove trattasi dell' acquisto dei frutti raccolti dalla cosa posseduta ».

La buona fede occorrente per togliere l' obbligo di restituire i frutti s' immedesima talmente col titolo abile a trasferire il dominio, da formarne una sola condizione, di guisa che se il pos-

sessore ignora i vizii del titolo, vi ha buona fede. Onde l' erede apparente, che crede di essere il vero erede e perciò di buona fede, non è tenuto alla restituzione dei frutti (art. 933). E l' erede vero il quale in buona fede percepisce i frutti d' immobili trovati nell' eredità che sono poi evitti, non deve restituirli, perchè li ha fatto suoi in virtù del titolo di erede, ignorando che non fossero dell'eredità.

Ma nella prescrizione la cosa è tutt' altra. Occorrono due condizioni, non una, nè l' una si confonde e s' immedesima nell' altra. È necessario, che vi sia un acquisto, e questo sia effettivo e reale, non putativo. Chi crede di avere un titolo abile a trasferire il dominio, e tale non sia il titolo, non ha fatto realmente nessun acquisto.

Chi crede di essere vero erede, e di averne il titolo o per legge o per testamento, e tale effettivamente non sia, non ha titolo abile a trasferirgli l' eredità e perciò l' erede apparente di buona fede non può prescrivere l' eredità consistente in immobili con dieci anni: il suo titolo è putativo, non è reale ed effettivo.

Perchè poi il titolo *pro erede*, pur essendo la successione titolo abile a trasmettere l' eredità non possa essere titolo di acquisto per la prescrizione decennale è stato dichiarato nel numero 238 di questo capitolo.

Il Diritto romano reputava sufficiente il titolo putativo anche per l' usucapione, perchè il titolo non era richiesto come condizione distinta dalla buona fede: esso costituiva la prova dell' esistenza della buona fede. Ma l' articolo 2137 vuole l' *acquisto* e vuole la *buona fede*, come due cose distinte, sicchè chi ha un titolo putativo è in buona fede, ma non ha un titolo di acquisto effettivamente abile a trasferirgli il dominio; è perciò mancante di una delle condizioni necessarie per la prescrizione decennale.

La buona fede si forma da tre elementi: che l' acquirente avesse creduto che l' alienante fosse proprietario dell' immobile; che avesse la capacità di alienare; che il titolo di trasmissione fosse esente di vizii intrinseci ed estrinseci.

Tutti convengono sulla necessità del primo elemento ; poichè , se l'acquirente conosce, che colui il quale gli trasmette la proprietà dell'immobile non sia il proprietario, non ha la coscienza di esserne divenuto proprietario.

La necessità del secondo elemento non è meno certa. *Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes*, e lo stesso giureconsulto dice altrove: *qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, non videtur bona fide emere* (art. 1106). A ciò si aggiunge la definizione della buona fede data da Ulpiano: *Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse* (1). Se dunque la trasmissione è fatta dal minore, dall' interdetto o dal loro tutore senza le autorizzazioni volute dalla legge , l' acquirente è in mala fede. La circostanza di essere relativa la nullità del contratto, cioè che la medesima si possa opporre dal solo incapace e non dall'acquirente non toglie il vizio del contratto, e la conoscenza del vizio costituisce la mala fede. Se l'incapace non usa del suo diritto, facendo prescrivere l'azione di nullità, o pure conferma, ratifica o esegue il contratto in modo legittimo , il vizio vien meno , ma la mala fede esistente al momento dell'acquisto non vien meno, e questo basta per impedire il cominciamento della prescrizione decennale. Lo svanire del vizio, posteriore al contratto, se impedisce all' alienante d' impugnare il contratto , non può cancellare il fatto, che il vizio abbia esistito nel momento dell'acquisto, e che in quel momento avendone l' acquirente avuto scienza sia stato in mala fede; per cui non doveva acquistare. Ma, se l'acquirente ha trattato coll' incapace, credendolo capace , ignorando di essergli impedito di alienare, manca l'elemento della mala fede, cioè la scienza del vizio.

Non solo la scienza dei vizii estrinseci del titolo costituisce in mala fede l'acquirente, ma anche quella dei vizii intrinseci.

Vizio intrinseco di un contratto è il difetto di uno dei re-

(1) L. 109, D. *de verbor. signif.*

quisiti essenziali richiesti per la sua validità (art. 1104 e segg.). Onde se l'alienante sia assolutamente o relativamente incapace, se il suo consenso non sia valido, se manchi un oggetto determinato che possa esser materia di obbligazione, se manchi una causa lecita per obbligarsi, e l' acquirente ne abbia scienza nel momento dell'acquisto, egli è in mala fede, e la buona fede che può sopravvenire posteriormente per conferma o ratifica non può cancellare il fatto della mala fede nel momento dell'acquisto (1).

248. È quistione se vi possa essere mala fede nelle persone giuridiche, perchè esse non hanno nè intelletto nè volontà, ma l'hanno per esse gli amministratori, come loro rappresentanti. *Municipes intelliguntur scire, quod sciant hi, quibus summa reipublicae commissa est* (2). Ed il Voet aggiunge che la buona fede è richiesta nei preposti che han deliberato l' acquisto, non potendo esser sanata la mala fede dei medesimi dai loro successori.—E la buona fede è richiesta in tutti i preposti, non trattandosi di deliberazione collegiale in cui prevale la maggioranza, ma di uno stato subbiettivo, di un'*affectio*, in cui tutti debbono convenire (3).

249. È quistione dell' effetto delle condizioni risolutive e sospensive sulla prescrizione decennale, di che abbiamo trattato largamente nel n. 32 del Capo secondo.

Qui ne riassumiamo le conclusioni.

Se l' acquirente ha scienza delle condizioni, egli è in mala fede, sapendo, che il suo autore gli ha trasmesso una proprietà soggetta a risolversi ed annullarsi.

---

(1) *Si fraude et dolo facta venditio est, hanc confirmare non potuit consequens tempus; cum longi temporis praescriptio in malae fidei contractibus non habeat.* L. 6, Cod. *de praescr. longi temp.*.

(2) Framm. 14, D. *ad municipalem*, 50, 1.

(3) Troplong, n. 936; Pugliese, n. 811. In ciò non vi è punto concordia. Si può anche riscontrare il Mattei nel commento del § 837 del Cod. austr., che è così concepito: Del possesso di una comunità si giudica secondo la buona o mala fede dei procuratori che agiscono in nome dei suoi membri. In qualunque caso quelli che sono in mala fede son tenuti a risarcire il danno tanto agli altri membri che erano in buona fede che al proprietario.

Se non ha scienza delle condizioni, essendo in buona fede, non vi è ostacolo per la prescrizione decennale. Ma ciò suppone, che il proprietario a cui profitto siasi verificata la condizione, abbia il diritto di agire nel decennio. Se non era nato, per non essersi ancora verificata la condizione, dal decennio debbono detrarsi tutti gli anni nei quali non è ancor nata l'azione, perchè il periodo dei dieci anni debb'essere *utile*, cioè non deve computarsi tutto quel tempo, per il quale la legge impedisce il corso della prescrizione.

Il che non si applica, per eccezione, alla prescrizione di trent'anni.

Giova notare, che quando trattasi di quelle condizioni, che non hanno effetto rispetto ai terzi che dal dì della trascrizione della domanda di risoluzione (art. 1933), gli acquisti anteriori alla trascrizione di detta domanda sono efficaci fin dal loro inizio; sicchè non è necessario il loro consolidamento per mezzo della prescrizione.

250. Basta che la buona fede vi sia stata al tempo dell'acquisto, dice l'art. 702, il che è confermato dall'art. 2137 nel quale leggesi: *Chi acquista in buona fede* ... Si è ritornato al principio del Diritto romano, giusta il quale *mala fides superveniens non nocet*, rinnegato dal Diritto canonico, custode rigido della pura morale. Chi è in buona fede nel momento dell'acquisto, quando cioè contrae il vincolo, ha ubbidito pienamente ai principii della morale. Pretendere, che, dopo, scovrendo il vizio del suo acquisto, si disfaccia della cosa, perdendo forse prezzo e spese, a favore di chi non cura la sua proprietà pel decorso di dieci anni, e mantenerlo nell'incertezza di perderla per trent'anni, è parso contrario al principio sociale, fondamento della prescrizione, che vuole certi i dominii, premiato chi sulla cosa spende l'opera sua e punito chi la trascura del tutto.

Se vi è stata interruzione del possesso tale da cancellare l'antico possesso e se ne è cominciato uno del tutto nuovo, al momento

dell' acquisto vi fu buona fede, ma al momento dell' inizio del nuovo possesso vi è mala fede. Si è domandato, se in tal caso la mala fede sopravvenuta nocesse al possessore, La scuola è discordante — Troplong crede necessario un possesso di trent' anni, perchè la prescrizione decennale non può aver luogo quando in origine manca la buona fede, ed il solo punto iniziale a considerarsi è il riacquisto del possesso che dà nascita ad un corso tutto nuovo. E così dispone il Diritto romano (1): *quia initium secundae possessionis vitiosum est.* Opinano in contrario Aubry e Rau ed il Laurent, ai quali si associa il Mazzoni.

La parola dell' articolo e la ragione di esso par che impongano non doversi accettare il principio del Diritto romano. L' articolo dice: « *chi acquista in buona fede* »: è il momento dell' acquisto, non del possesso dell' immobile acquistato cui bisogna aver riguardo. E chi ha acquistato in buona fede non può essere obbligato a fare il sacrificio di restituire la cosa, o a non poter essere certo della irrevocabilità del suo dominio dopo dieci anni di un possesso ricominciato.

Se poi la interruzione sia di quelle che ha perduto ogni effetto interruttivo, sicchè il possesso antico è proseguito e non è cominciato uno nuovo, non vi è ragione alcuna di muover quistione, perchè la mala fede sopravvenuta nel corso del possesso cominciato di buona fede non può avere alcuno effetto. Ed a torto il Viti (2) afferma il contrario.

351. Ultimo requisito, del quale non parla espressamente l' articolo, è il possesso durato dieci anni, e questi dieci anni debbono essere utili, avuto riguardo alle regole proprie delle sospensioni e delle interruzioni.

E la Corte di cassazione di Napoli con sentenza del 1° dicem-

---

(1) L. 1 e 10, Cod. VII, 33. *de praescr. longi temp.*, e L. 15, § 2, D. XLI, 3, *de usurp. et usuc.*, L. 7, § 4, D. XLI, 4, *pro empt.;* Troplong, 558. Contra Laurent, vol. 32, n. 169; Aubry e Rau, vol. 2, p. 365, nota 8 e Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, vol. 2, p. 412.

(2) Viti, *Istit. di diritto giud.*, *Le azioni*, § 111.

bre 1879 avvisò che « ad invocare validamente la prescrizione decennale non basti il giusto titolo, ma bisogna anche il possesso materiale, il quale si presume di appartenere a chi ha il giusto titolo.

« Però non può negarsi la prova diretta a giustificare la mancanza del possesso materiale in chi ha in suo favore il giusto titolo e la buona fede ».

L' acquirente può unire al suo possesso quello del suo *autore* per invocarne e goderne gli effetti (art. 693), e poichè son due possessi distinti, che si uniscono se vuole l' acquirente, l' uno deve essere immediato all' altro, per aversi il requisito del possesso legittimo di esser continuo, e non interrotto, e l' uno e l' altro debbono essere di buona fede. *Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi alienam rem vendideris, non capiam usu* (1). E non solo si può congiungere al proprio possesso quello dell' immediato autore, ma anche quello dei mediati, purchè vi sia continuità di possesso e buona fede nel cominciamento di ciascuno di essi.

In quanto alla continuità dice il Diritto romano: *Sed si melius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio non proderit quia conjuncta non est, sicut nec ei qui non possedit, auctoris possessio accedere non potest* (2).

In quanto poi alla mala fede di alcuno degli autori, ascoltiamo il Voet (3). *Neque dubium, quin et plurium successorum particularium possessio recte jungatur, si modo nullus intermedius in mala fide fuerit. Hinc si primus secundo res vendiderit et tradiderit, secundus tertio; tertius quarto; quartus quinto et omnes in bona fide fuerint, quintus hic non modo quarti, sed et tertii et secundi et primi accessione utetur, at si in tertium in mala fide fuisse concipias, reliquos omnes in bona fidè, quinto sola quarti possessio proderit, non*

(1) Fr. 2, § 19, D. *pro emptore.*

(2) Framm. 15, § 1, D., *de temporum praescript.*, 44, 3.

(3) *Ad Pand.*, *de usurp.*, 41, 3, n. 16.

item tertii, aut eorum qui tertium antecesserunt. Se il mio immediato autore è di mala fede, ed i suoi autori, immediati e mediati, sono stati tutti di buona fede, non solo non posso profittare del possesso di mala fede del mio immediato autore ma neanche di quello di buona fede dei suoi autori immediati e mediati, sorvolando sul suo, perchè il possesso cesserebbe di esser continuo. E così risalendo, se il possesso del mio immediato autore è di buona fede, lo congiungo al mio, e se non mi basta, vi unisco anche quello dell' immediato autore del mio autore, e così salendo più sopra, arrestando la salita quando s' incontra in un autore di mala fede.

Il Troplong che segue un'opinione contraria, si fonda sul principio, che possesso dell' acquirente cui si unisce quello dei suoi autori è un solo ed è indivisibile, sicchè basta la buona fede del primo degli autori, non dovendosi tener ragione della buona o della mala fede dei possessori posteriori. Confonde così il possesso dell'erede, che è una continuazione di quello del defunto con quello del possessore a titolo particolare, che comincia un nuovo possesso, cui se vuole, può aggiungere quello del suo autore.

Questo possesso ha avuto un cominciamento ed una fine distinta dal possesso del suo successore, nè possono formarne un solo, che quando ciascuno di essi abbia avuto lo stesso principio di buona fede. L' unità operata mercè la congiunzione non trova allora ostacoli.

Il principio assunto dal Troplong che unico sia il possesso, essendo l' uno continuazione dell' altro, può essere disputato per la formola inesatta dell' art. 2135 del Codice francese, ed è assolutamente falso giusta l' articolo 693 del Codice italiano, il quale ha distinto il possesso che continua nell' erede, dal possesso che si unisce al possessore a titolo particolare per invocarne gli effetti.

Il Borsari ed il Ricci, che seguono l' opinione del Troplong, aggiungono che niuna legge proibisce la congiunzione saltuaria dei possessi; al che si risponde, che la legge reputa legittimo il solo

possesso che sia continuo e non interrotto ed il possesso saltuario non è continuo ed è interrotto.

D'altronde, avendo la legge permessa la congiunzione del possesso dell' immediato autore, non poteva disporre sul modo della congiunzione dei possessi degli autori mediati. È la ragione della legge che consiglia la estensione della congiunzione dei possessi, la quale perciò non può essere regolata che con le medesime norme con le quali può operarsi la congiunzione del possesso dell' immediato autore.

252. La prescrizione decennale non riguarda che immobili determinati. Onde non si può applicare ai beni mobili di qualunque natura, ad una *universitas* dei medesimi, nè ad una universalità di beni immobili come un'eredità. Stanno per questi beni ferme le regole della prescrizione di tren' anni, se ne concorrono le condizioni.

253. Le navi sono beni mobili, dice l' articolo 480 del Codice di commercio, e la loro prescrizione è governata da regole speciali contenute nell'art. 918 del detto Codice.

L'azione revindicatoria della nave dura dieci anni, ancorchè non vi sia nè titolo nè buona fede: in altri termini, si perde la proprietà della nave dal vero proprietario e si acquista dal possessore in dieci anni, mentre mancando egli di titolo e buona fede non avrebbe potuto *civilmente* prescrivere che con trent'anni.

Chi poi possiede una nave in forza di un titolo stipulato in buona fede, debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie la prescrizione col decorso di cinque anni dalla data della trascrizione del titolo e dell'annotazione di esso sull'atto di nazionalità.

Si riduce così a cinque anni la prescrizione, che giusta il Codice civile dura dieci anni per gl'immobili. La compilazione dei due articoli è diversa nella forma ma è identica nella sostanza, richiedendosi per la prescrizione di cinque anni delle navi le stesse con-

dizioni necessarie per la prescrizione di dieci anni per gl'immobili. Per cui omettiamo di ripetere qualunque illustrazione.

Finisce l' articolo 918 col dichiarare, che il capitano non può acquistare la proprietà della nave in forza della prescrizione. È una disposizione più severa di quella che è stabilita dal Codice civile per i possessori precarii, i quali invertendo il loro possesso nei due modi designati dalla legge, cominciano un possesso capace di prescrizione. L'articolo 918 vieta in modo assoluto al capitano di acquistare per prescrizione.

CAPO NONO

DELLA PRESCRIZIONE ACQUISITIVA DELLE SERVITÙ.

SOMMARIO

254. L'acquisto per prescrizione di dieci o di trent'anni dei diritti reali sopra immobili, meno quello delle servitù prediali, non ha d'uopo di speciale trattazione—255. Distinzione delle servitù—256. Articoli del codice francese relativi all'acquisto delle servitù per prescrizione e per titoli, e modi come sono stati intesi—257. Modificazioni fatte al Codice francese dal Codice di Parma—258. Antinomia apparente fra le diverse disposizioni—259. Modo di conciliarle—260. Articoli del Codice italiano in parte uniforme a quelli del Codice francese ed in parte a quelli del Codice di Parma—261. Opinione di Pacifici-Mazzoni e di Scotti—262. Opinione di Germano—263. Opinione di Pescatore—264. Opinione di Mattirolo, Lomonaco e Pugliese—265. Opinione di Tartufari—266. Opinione di Coviello—267. Opinione nostra—268. Dimostrazione—269. Distinzione tra le servitù e gli altri diritti reali: conseguenze diverse rispetto al titolo dei rispettivi acquisti—270. Prescrizione delle servitù col decorso di dieci anni—271. Risposta a due osservazioni contrarie—272. Illustrazione dell'articolo 2137 rispetto alle servitù—273. Conciliazione di detto articolo col secondo comma dell'articolo 631—274. In che la nostra opinione si diparte da quella degli altri scrittori—275. La dottrina del Codice di Parma non può essere accettata sotto l'impero del Codice italiano il quale non ha ammesso l'apparenza fittizia delle servitù negative, e perchè—276. Chi acquista un immobile colla prescrizione di dieci anni non si libera dalla servitù cui è soggetto, che col

decorso di trent'anni, secondo la giurisprudenza francese. Diversamente accade pel Codice di Parma per l'articolo 2373—277. Il Codice italiano conferma con le sue disposizioni la giurisprudenza francese—278. Della servitù di scolo—279. Non si può ammettere una servitù di scolo sulle fontane pubbliche—280. Della servitù delle sorgenti—281. Della servitù di passaggio necessaria—282. Il diritto di patronato sopra le Chiese ed i beneficii si acquista col possesso di quaranta anni, titolo e buona fede — 283. Non si perde senza una legittima contraddizione—284. Si ammette la prescrizione immemorabile e centenaria—285. Si applicano i principii del Diritto canonico—286. Dei banchi e dei coretti.

254. I diritti reali sopra immobili riconosciuti letteralmente dal Codice sono : Il diritto del concedente e quello dell' enfiteuta sui fondi soggetti ad enfiteusi; Il diritto di usufrutto o di uso sulle cose immobili e quello di abitazione; Le servitù prediali; Il diritto d'ipoteca (art. 415, 1964).

Non ha d' uopo di speciale trattazione la prescrizione acquisitiva dell'usufrutto, dell' uso, dell'abitazione e dell'enfiteusi tanto di trenta che di dieci anni, perchè consistendo nella detenzione materiale dell'immobile, *cum animo rem sibi habendi* un diritto sul medesimo, essa si opera nella stessa guisa della prescrizione della piena proprietà; per cui di essa si è ragionato discorrendo della prescrizione della proprietà.

Il dominio diretto si acquista o col titolo provegnente dall'apparente enfiteuta o dall'apparente domino diretto in danno dell'assoluto proprietario del fondo o del vero domino diretto: sicchè neanche ammette trattazione speciale (1).

Il diritto d' ipoteca è soggetto alla prescrizione estintiva di trent'anni; non all'acquisitiva (art. 2030) (2).

255. L' acquisto delle servitù per prescrizione offre larga materia a discussione per la varietà delle opinioni, che si è manifestata nella scuola e nella giurisprudenza francese, e che è cresciuta nella scuola italiana. Il che c' impone la necessità di essere più larghi di quanto è stata nostra consuetudine finora.

(1) Consulta i numeri 121, 123 e 124.

(2) Consulta num. 185.

Il Codice italiano distingue le servitù in continue ed apparenti; in discontinue e non apparenti; in continue e non apparenti; in apparenti e non continue.

Sono continue quelle, il cui esercizio è o può essere continuo senza che sia necessario il fatto dell'uomo; tali sono gli acquedotti, gli stillicidii, i prospetti ed altre simili (art. 617).

Discontinue quelle, che richiedono un fatto attuale dell' uomo per essere esercitate; tali sono quelle di passare, di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo e simili.

Il Cepolla aveva egregiamente commentata questa distinzione. Ne traduciamo quella parte che la riguarda: « dicesi aver causa continua e perpetua quella servitù, che è sempre in uso, in atto ed in potenza, come la servitù di acquedotto, la servitù di non alzare e simili. Ha causa *quasi* continua e quasi perpetua quella servitù, che perpetuamente ed in potenza è in uso come è la servitù di stillicidio, o di acquedotto di acqua che cade dal cielo. E la ragione si è che per queste non sempre si richiede *il fatto* dell' uomo per l'uso della servitù, sebbene si richiede alle volte da principio per costituirla, come nella servitù di acquedotto, perchè dopo che l' acqua è derivata pel rivo o pel canale continua per fatto della natura e scorre da sè stessa, e così nella servitù dell'immettere la trave, o di sopportare il peso, poichè, dopo la immissione, per sè stessa continua. Somigliante ragione è nella quasi perpetua e quasi continua, perchè sebbene non si esercitano sempre, non pertanto *è atta sempre ad esercitarsi senza fatto dell'uomo, come nella servitù di stillicidio* (1) ».

Perciò la legge ha compresa fra le continue quella della presa d'acqua (art. 619), e la giurisprudenza quelle *fumi* e *cloacae mittendae*.

Apparenti sono quelle servitù, che si manifestano con segni visibili, come una porta, una finestra, un acquedotto (art. 618). Non apparenti quelle che non anno segni visibili della loro esi-

(1) *De servit.*, cap. 19.

stenza, come il divieto di fabbricare sopra un fondo, o di non fabbricare che ad un'altezza determinata (art. 618).

La legge non distingue le servitù affermative dalle negative, ma ne presuppone la distinzione nell'articolo 631.

256. Il Codice francese ha i seguenti articoli:

Le servitù continue ed apparenti si acquistano in forza di un titolo; o col possesso di trent'anni (art. 690).

Le servitù continue e non apparenti e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, *non possono* stabilirsi che mediante un titolo. Il possesso, benchè immemorabile *non basta* a stabilirle (art. 691).

Mancando il titolo costitutivo della servitù, che non possono acquistarsi colla prescrizione, non si può supplire alla sua mancanza che col mezzo di un titolo, il quale contenga la ricognizione della servitù e provenga dal proprietario del fondo servente (art. 695).

In Francia son nate, fra le altre, le due seguenti quistioni:

Se taluno acquista una servitù che non sia continua ed apparente dal proprietario del fondo servente, che tale non era, può contro il vero proprietario del fondo servente consolidarne l'acquisto per prescrizione di dieci anni, se vi concorra la buona fede?

Il proprietario, che ha acquistato in buona fede un immobile, libero da ogni servitù, sia per tacita sia per dichiarazione espressa da chi è creduto essere il vero proprietario, può essere liberato dalla servitù esistente, nello stesso tempo nel quale prescrive la proprietà dell'immobile, o pure la servitù si deve estinguere col non uso per trent'anni?

Accade lo stesso, se si acquista in buona fede l'immobile da vero proprietario che lo dichiara libero da ogni servitù?

Le Roux de Bretagne dice sulla prima quistione: Il titolo deve emanare dal vero proprietario del fondo servente; se tale non è, ancorchè tale sia stato riputato, non vi è costituzione di servitù nei sensi degli articoli 690, 691, 695. Con maggior ragione devesi

dir lo stesso, se il proprietario di un immobile alienandolo dichiari, che il fondo vicino è gravato a suo favore di una servitù che non sia continua ed apparente.

L' acquirente non potrà prescrivere neppure per trent' anni la servitù, che ha posseduto sulla fede dell' enunciazione contenuta nel titolo.

E cita nello stesso senso una sentenza della Corte di cassazione del 16 giugno 1849, Vazeille e Demolombe (1).

Demolombe pone sulla detta quistione la seguente specie: Ho ottenuto a vantaggio del mio fondo dal proprietario putativo del fondo vicino, la concessione di una servitù di passaggio, di attingere acqua od anche una servitù negativa e non apparente, come quella *altius non tollendi*, *ne luminibus officiatur*.

Il proprietario del fondo servente è evitto: io fo notificare il mio atto di concessione al nuovo proprietario con divieto d' impedirmi di usare la servitù. L'avrò acquistata per prescrizione?

Non lo pensiamo, risponde Le Roux de Bretagne. È vero, che sotto l' antico diritto gli autori ed anche le consuetudini ammettevano la prescrizione di queste servitù *a die contradictionis*. Se ne arrecava a ragione, che da quel momento, il possesso cessasse di essere precario. E vero ancora che sotto l'impero del Codice si è voluto prevalersi dell'articolo 2265 (2137). Ma da una parte non si può invocare l' antico diritto in una materia che è stata sì profondamente modificata dal nuovo, e d' altra parte l' articolo 2265 si applica alle cose, che si possono acquistare col possesso. È dunque estraneo alla prescrizione delle servitù discontinue o non apparenti; perchè, il repetiamo, non possono stabilirsi che per titolo e questo titolo non può non emanare dal proprietario del fondo servente, a cui non si può opporre la concessione fatta *a non domino*; per lui è *res inter alios acta*. La concessione non ha potuto cangiare la servitù, nè rendere prescrittibile quella che tale non è. Si potrebbe tutto al più indurre dal silenzio, che ha seguito la

(1) N. 1027.

contraddizione, un consentimento presunto allo stabilimento della prescrizione. Ora il giudice non può fondarsi sopra presunzioni per riconoscere l'esistenza del diritto, che nel caso, che la legge l'autorizza ad ammettere la pruova testimoniale e questa prova è interdetta dall'articolo 691. La presunzione tratta dal silenzio sarebbe poi incerta, specialmente se si agisce di servitù *altius non tollendi*, poichè il vicino ha potuto avere tutt'altra ragione per non costruire che il divieto fattogli. A sostegno di questa opinione che è quella di Vazeille, Pardessus, Duvergier e Demolombe, si può invocare l'arresto della Corte di cassazione dell' 8 agosto 1837.

Sulla seconda quistione scrive Le Roux de Bretagne (1). Che il decorso di trent' anni è necessario tanto per l' acquisto che per la estinzione della servitù. Così colui, che ha comprato con giusto titolo un immobile, che credeva libero da ogni peso, non può essere liberato prima che il proprietario del fondo dominante non ne abbia usato per trent' anni.

Certi autori vorrebbero, che ad esempio dell' antico diritto, questo acquirente potesse liberarsi col possesso di dieci anni, ma questa opinione è in opposizione con tutti gli articoli 617, 706 e 2265 del Codice Napoleone e con tutta la giurisprudenza più costante della Corte di cassazione. « E cita in nota sei arresti della Corte di cassazione ».

Il Marcadé accetta la stessa opinione nel caso che l'acquirente dell' immobile dal vero proprietario che lo ha falsamente dichiarato esente da ogni servitù, voglia liberarsi da una servitù che realmente esiste. Ma se l'acquirente è *a non domino*, come prescrive la proprietà dell'immobile, così ne prescrive anche *la libertà*. Avendo acquistato *tutto intero* l'immobile, la servitù che il grava, si trova acquistata una col resto del dominio, cui intende la prescrizione. Ed egli si accapiglia col Gilbert, che nei suoi *Codici annotati* (art. 706, n. 6) confuta la detta distinzione.

Anche il Laurent dissente dalla maggioranza, ritenendo, che

(1) 1059.

chi prescrive un immobile, è liberato eziandio dalla servitù al pari delle ipoteche, ripudiando la distinzione del Marcadé.

257. Il Codice di Parma si è dipartito in gran parte dal Codice francese. Ed è necessario tenerne ragione, perchè il Codice italiano ha cercato di profittarne. E dall' innesto delle disposizioni dei due Codici son surte non lievi difficoltà, a risolvere le quali non è punto concorde la scuola italiana.

Gli articoli più notevoli del Codice di Parma sono i seguenti.

Art. 494. Le servitù sono continue o discontinue....

Art. 495. Le servitù sono apparenti o non apparenti....

Art. 540. Le servitù continue apparenti si acquistano per titolo in iscritto o col possesso di trent' anni — Le servitù continue non apparenti e le discontinue continue e non apparenti non si acquistano che per titolo.

Art. 496. Tutte le servitù sono affermative o negative.

Le affermative consistono nel diritto di usare del fondo serviente.

Le negative nel diritto d' impedire al proprietario l' uso libero del fondo serviente.

Art. 541. Se le servitù sono affermative, il possesso comincia dal giorno, in cui il proprietario del fondo dominante imprese a far uso del fondo serviente.

Se sono negative, il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta dal proprietario del fondo dominante al proprietario del fondo serviente per impedirgliene il libero uso.

Art. 542. Quando si tratti di acqua che dal fondo superiore o da sorgente posta nel fondo medesimo scorra sul fondo inferiore equivalgono alla proibizione, di cui nell'articolo antecedente, i lavori visibili che il proprietario del fondo inferiore avrà fatti nel superiore per facilitare sul proprio il corso delle acque.

258. Confrontando gli articoli del Codice di Parma con quelli del Codice francese si scorge la concordanza di entrambi nello stabilire, che le servitù continue ed apparenti si acquistano colla pre-

scrizione di anni trenta, e che le altre servitù non si possono acquistare che con un titolo.

Nè l'uno nè l'altro Codice dispongono espressamente, se il titolo, col quale si possono stabilire le servitù, debba necessariamente provenire dal proprietario del fondo servente o pure da chi tale è reputato, sebbene tale non sia; od anche dal proprietario del fondo dominante o da altri qualsiasi. Se non che un argomento dell'intendimento del Codice francese può trarsi dall'art. 695, che è omesso nel Codice di Parma.

La distinzione che fa il Codice di Parma fra le servitù affermative e negative non è di mera dottrina, poichè si determina per le une e per le altre il cominciamento del possesso legittimo necessario per la prescrizione, computandolo per le prime dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante imprese a far uso del fondo servente o nelle seconde dal giorno, nel quale il proprietario del fondo dominante proibì al proprietario del fondo serviente di farne libero uso.

Niuna delle servitù negative è APPARENTE. Se per l'art. 540 le servitù non apparenti non possono acquistarsi che per titolo, che vuol significare l'art. 541 che fa cominciare il possesso nelle servitù negative dal giorno della proibizione? Ciò suppone che in qualche caso sieno soggette a prescrizione.

Nell'antica scuola ammettevasi il principio « *Res facultatis praescribuntur a die contradictionis* ». Il Mascardi scrive: *Is qui praescriptione servitutis* (*loquor nunc de negativa velut altius non tollendi*) *debet docere de prohibitione, hoc est probare se adversario prohibuisse altius tolleret et tunc incepisse praescribere, ita tradit glossa in l. L. qui lum.* 11, D. *de s. u.*, 8, 2, *in verb. formam et statum, et in l. C. de serv. et aqu.*, 3, 34.

Le servitù negative si acquistavano colla prescrizione secondo le antiche leggi, incominciando il possesso *a die contradictionis.* Ma avendo il Codice dichiarato, che per l'acquisto delle servitù non apparenti sia necessario un titolo, vi è, se non altro, apparente

antinomia tra i due art. 540 e 541 o pure uno dei due articoli deve essere inutilmente scritto.

259. Il Codice di Parma è stato in vigore fin dal 1821; ed il conoscere quale ne sia stato l'intendimento in questo lungo spazio di tempo, avrebbe potuto dar lume al modo di conciliare le due disposizioni che paiono contraddirsi o delle quali una è inutile. Ricorsi perciò al mio egregio amico *Scipione Camporota*, Primo Presidente della Corte di appello di Parma, dandogli il fastidio di indagare se in quel paese si fossero manifestate opinioni sul proposito e presentate quistioni innanzi a quei tribunali. Per quanto le investigazioni fossero state accurate, non si è avuta notizia della manifestazione di alcuna opinione, nè si è presentata alcuna quistione che riguardasse la materia, tranne, che vi è una sentenza dell'agosto 1845 del tribunale di revisione che ammette l'azione possessoria per la semplice rimondatura e lo spurgo del cavo del proprietario del fondo servente e su questo fondo esistente, applicando gli art. 541 e 542.

Non si è rimasto a ciò l'egregio Presidente, avendomi voluto regalare la sua preziosa opinione nei seguenti termini:

« Ho poi creduto far trascrivere l'art. 496 del Cod. parm., ove al seguito dell'art. 494 che definisce le servitù continue e discontinue, e dell'art. 495, che contiene la definizione di quelle apparenti e non apparenti, son definite altresì le servitù affermative e negative, la quale disposizione manca nel nostro Codice; mentre ritengo che essa possa facilitare l'intelligenza dell'art. 631 del nostro Codice, poichè ivi è detto: *tutte le servitù* poi sono o affermative o negative, ciò che importa, come sembrami, che questa ulteriore classificazione abbraccia le precedenti, e quindi per le servitù negative, che rientrano nell'ipotesi dell'art. 630, faccia le funzioni di titolo anche l'atto formale di opposizione seguito dall'inazione del proprietario del fondo servente (e che si vuole soggetto alla servitù) pel tempo necessario per la prescrizione. E lo art. 542 del Cod. civ. parm., metteva a paro dell'atto di oppo-

sizione i lavori visibili fatti nel fondo servente. In sostanza, chi si acquieta ad un atto di proibizione mostra di riconoscere il buon diritto dell'avversario, e ciò continuato pel tempo per la prescrizione, costituir può un altro modo di acquisto della servitù, giusta l'art. 631. E cessa l'antinomia del Pacifici-Mazzoni ».

Prefittando di coteste aggiustate osservazioni dell'egregio nostro amico, pare, che la dottrina accolta dal Codice di Parma si possa costruire così:

Le servitù continue ed apparenti si acquistano col possesso di trent'anni (art. 540).

Nelle servitù negative, che sono continue e non apparenti l'*apparenza* incomincia dal giorno della proibizione fatta dal proprietario del fondo dominante al proprietario del fondo servente per contrastargliene il libero uso (art. 541). L'art. 542 equipara la proibizione ad un lavoro visibile che rende *apparente* la servitù. Ai lavori materiali che rendono apparente una servitù agli occhi del proprietario del fondo servente, si sostituisce, una manifestazione civile diretta e personale per mezzo dell'usciere della pretensione di aversi diritto sul fondo serviente di una servitù negativa—Onde continuando gli effetti della manifestazione civile senza opposizione da parte del proprietario serviente, per lo spazio di trent'anni, è come se per detto spazio di tempo fossero esistiti sul fondo servente i lavori visibili materialmente, costituenti l'apparenza della servitù necessaria per la prescrizione. La proibizione non fa dunque funzione di titolo, ma rendendo apparente la servitù negativa la colloca nella classe delle servitù continue ed apparenti.

260. Se nel Codice italiano si fossero inseriti tutti gli articoli che sono nel Codice di Parma, non spenderemmo maggiori cure a farne la illustrazione, sebbene non ne approviamo le disposizioni. Ma la quistione è divenuta più ardua, perchè si sono omessi alcuni articoli e si sono modificati taluni altri, i quali tendono a mutare il principio assunto dal Codice di Parma. Sono stati inte-

gralmente trascritti gli art. 690, 691, 695 negli art. 629, 630, 695, salvo qualche lieve mutazione di forma.

Vi si è inserito l'intiero art. 541 del Codice di Parma con lieve variazione di forma.

All'articolo importante del Codice di Parma, 542, si è sostituito l'art. 541 uniforme nella sostanza a quello del Codice francese, nel quale non si eguaglia ai lavori visibili e permanenti, che rendono apparente la servitù, la proibizione fatta dal proprietario del fondo dominante al proprietario del fondo serviente.

Altre modificazioni sono state fatte agli articoli relativi all'acquisto delle servitù colla prescrizione di dieci anni ed alla loro estinzione, ma di questi parleremo ai luoghi opportuni.

261. La scuola italiana è più che incerta sul sistema del suo Codice, avuto riguardo a siffatte modificazioni.

Al Pacifici-Mazzoni si deve la lode di un esame diligente degli art. 629, 630 e 631, concludendo alla loro antinomia, e l'avv. Anonio Scotti lo segue, dichiarando che l'antinomia sia vera e reale come vera ed insuperabile è quella tra l'art. 1314 e 1932 numero 8 (1). Onde insegnano, che secondo il Codice italiano, le sole servitù continue ed apparenti si possono acquistare colla prescrizione di trenta o di dieci anni, purchè in quest'ultimo caso il titolo che le costituisce provenga dal proprietario del fondo serviente.

Tutte le altre servitù comprese le negative, non essendo apparenti, non possono acquistarsi per prescrizione, richiedendosi per la loro costituzione un titolo provegnente dal vero proprietario.

Onde la seconda parte dell'art. 631 non può giammai ricevere applicazione; ed inutilmente è stata ammessa nel Codice; può r i ceverla la sola prima parte rispetto alle sole servitù continue ed apparenti.

---

(1) Abbiamo notato nel n. 248, che non vi sia punto antinomia tra i due articoli 1314 e 1932 n. 8.

262. Il Germano (1) ammette che tutte le servitù negative volontarie non sieno apparenti, ma che lo stesso non possa dirsi delle servitù negative legali. « Supponiamo, egli dice, che io apra una finestra verso il tuo fondo senza serbare la distanza legale voluta dall' art. 587: l' esistenza di questa servitù importa dal canto tuo la servitù legale di non fabbricare che alla distanza di tre metri. Questa servitù che io acquisto contro di te, è certo una servitù negativa, perchè consiste nel non fare: ma questa servitù è riconosciuta dalla legge, e stante il principio che l'ignoranza della legge non si presume, essa è anche una servitù apparente non ostante che sia negativa, perchè la finestra è segno visibile del possesso legittimo . . . . Invero, è evidente che nell' ipotesi della finestra non si può invocare la prescrizione per obbligare il vicino a mantenere le distanze di tre metri, se chi ha aperta la finestra e voglia giovarsi di questo mezzo per l'acquisto della servitù, non abbia con atto formale proibito al vicino di usare liberamente di questo fondo e se dalla data di questo atto non sia trascorso un trentennio. La finestra è sì un segno apparente delle servitù, ma è segno solo per disposizione di legge; ed ecco perchè io ho fissata la regola che tutte le servitù negative volontarie non sono apparenti, ma le servitù negative legali possono essere apparenti ».

A noi pare che tale opinione non possa accettarsi. Chi apre una finestra verso il fondo altrui senza serbare la distanza legale voluta dall'art. 587 e la possiede per trent'anni, acquista per prescrizione la servitù di finestra, essendo la medesima continua ed apparente, non è una servitù legale, ma costituita per fatto dell' uomo, ossia volontaria, secondo il linguaggio del Germano. E l'acquisto di tale servitù produce, di per sè, il diritto conseguente di farla rispettare coll' impedire al vicino di fabbricare a distanza minore di tre metri (art. 590). Con fabbricare a distanza minore, togliendo aria e luce, si annullerebbe la servitù di veduta. Ad essa

(1) *Servitù*, vol. 2, § 168.

è adunque estranea la dottrina delle servitù negative sancita nella seconda parte dell'art. 631.

263. Il Pescatore (1), contraddicendo del tutto all'opinione del Pacifici-Mazzoni, muove dall'art. 2137, il quale stabilisce, che chi acquista in buona fede un *diritto reale* sopra un immobile in forza di un titolo che sia stato debitamente trascritto, e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione. Diritto reale è la servitù di qualunque specie, continua o non continua, apparente o non apparente, e, se si può prescrivere in dieci anni ogni specie di servitù quando concorrono le condizioni stabilite dall'art. 2137, si prescrive in trenta, quando manchi alcuna di esse. L'art. 630, supponendo la precarietà del possesso delle servitù che non fossero continue ed apparenti, vuole che si stabiliscano mediante titolo; ma la presunzione della precarietà non è assoluta, chè altrimenti non sarebbe possibile la prescrizione decennale.

La precarietà presunta cessa nelle servitù negative, quando il proprietario del fondo dominante impedisce formalmente al proprietario del fondo servente di usare del suo fondo: si opera in tale guisa un'inversione di possesso, da precario in legittimo, conformemente all'art. 2126. Se il proprietario del fondo serviente vi si acquieta per lo spazio di trent'anni, il proprietario del fondo dominante ha acquistato per prescrizione il diritto alla servitù ancorchè non vi fosse nè titolo nè buona fede.

Il Pescatore va anche più innanzi: La legge presume il *precario* tanto nelle servitù negative, che nelle affermative, riunite sotto un'unica disposizione, che non sieno continue ed apparenti (art. 630). Se per le negative è stabilito, che *a die contradictionis* la presunzione viene distrutta, *a fortiori* deve ritenersi lo stesso per le servitù affermative.

(1) *Giornale delle Leggi*, 1878, fasc. 6 e 10: *Filosofia e dottrine giuridiche*, vol. I, p. 362-368.

Adunque, secondo il Pescatore, le servitù nè continue nè apparenti, negative o affermative che sieno, si acquistano per prescrizione di dieci anni, se concorrono i requisiti statuiti nell' articolo 2137; col decorso di trent'anni, se manchi taluno di tali requisiti, da cominciare il possèsso legittimo, tanto nelle servitù affermative che negative, *a die contradictionis*.

Vuole però, che la contradizione sia seria. « Si richiedono, egli dice, fatti e non parole, che si lasciano impunemente senza risposta, si richiedono fatti tali, che impongano all' avversario la necessità giuridica di reagire; si richiede che dall'azione e reazione dei contendenti sia nata una controversia *formalmente dibattuta*, ciò che fa presupporre la produzione di titoli ».

Ci limitiamo per ora ad osservare, che il Pescatore, forse conscio di essere andato troppo innanzi nell'intendimento dell'art. 631, fin quasi ad annullare il precedente art. 630, cerca scemarne le conseguenze coll'esigere un modo di proibizione, che non è quello che dispone la seconda parte dell'art. 631, accompagnato da fatti che egli medesimo non sa con precisione indicare. L' azione può produrre la reazione, ma può essere pure seguita dall' assoluto silenzio ed inazione del proprietario del fondo serviente. Se costui tace, che debbe fare di più dell'atto proibitivo il proprietario del fondo dominante?

264. Altri scrittori, come il Mattirolo (1), il Pugliese ed il Lomonaco, ammettono la prescrizione di trent'anni nelle sole servitù negative *a die contradictionis*, ed il Lomonaco arreca la seguente ragione data dal Regnoli: Vuolsi notare, che l'atto formale di proibizione non solo è esercizio manifesto di una facoltà che si vuol tradurre in diritto, ma è un atto solenne, è atto pubblico, perchè notificato da un usciere; esso nel concetto del legislatore costituisce un esercizio effettivo, *un possesso apparente e pubblico* della servitù negativa.

---

(1) *Diritto giudiziario*, vol. 1, § 215 e 217, 3ª ediz.

Seguono questi scrittori l' opinione, che a noi pare la vera secondo il Codice di Parma, che considera come *apparente* la servitù negativa dal giorno dell' atto proibitivo, equivalente a lavoro materiale visibile e permanente.

265. Il Tartufari combatte l'opinione del Pacifici-Mazzoni come quella che mentre muove da una singolare angustia di spirito, giunge a due conseguenze, che sono le più ardite conclusioni che giureconsulti siansi mai permessi di adottare nell'interpetrazione delle leggi, nè accoglie in tutto quella del Pescatore.

L'art. 2137 riconosee la prescrizione di dieci anni come mezzo di acquisto dei diritti reali, fra i quali sono le servitù di qualunque natura, e da chiunque provvenga il titolo traslativo, non potendo ricevere arbitraria limitazione. L' art. 631 fissa il giorno del cominciamento del possesso nelle servitù negative ed affermative, necessario per detta prescrizione (1).

L'art. 630 stabilisce, che le servitù le quali non sieno apparenti, non si possano acquistare che con un titolo, perchè il loro possesso è considerato come del tutto precario, effetto di tolleranza e di familiarità. Onde, se il proprietario del fondo dominante lo inverte con atto formale, proibendo al proprietario di usare liberamente del suo fondo, perchè possa egli liberamente esercitar la servitù, e vi è da parte del proprietario del fondo servente acquiescenza all' esercizio della medesima per trent' anni, il possesso legittimo durato per sì lungo spazio di tempo glie ne fa acquistare il diritto per prescrizione. Sicchè applica l' efficacia dell' opposizione al caso di servitù negativa acquistata *a non domino* con giusto titolo e buona fede, ed al caso di servitù negativa che vien pretesa di per sè sola e senza titolo nè buona fede per la prescrizione di trent' anni.

Segue dunque l' opinione del Pescatore dal quale si diparte, solamente in quanto che non estende l' efficacia della proibizione

---

(1) Sebbene possa dirsi, che sia collocato in luogo poco opportuno.

anche alle servitù affermative, riconoscendone la prescrizione nel solo caso, che sieno fondate su titoli e buona fede, o che sieno la conseguenza di servitù negative, che si acquistano col decorso di trent'anni *a die contradictionis*. Non richiede poi in quanto al modo della proibizione oltre quello che è disposto dall'art. 631.

266. Al Coviello, che ha stampato un pregevole studio sulla *Usucapione delle servitù prediali* (1) siam debitori dei larghi sunti delle opinioni dei sopra detti scrittori, ai quali dopo un esame del merito di esse aggiunge il suo parere.

Egli ammette la prescrizione di dieci anni per l'acquisto di qualunque specie di servitù, purchè vi siano i requisiti richiesti dall'articolo 2137.

Ritiene, che il capoverso dell'articolo 631 sta a determinare l'inizio dell'usucapione decennale per le servitù negative e non apparenti, per le quali non è a parlare di prescrizione di trent'anni.

Che per le servitù negative non si possa nel diritto nostro accogliere la vecchia teoria della prescrizione decorrente *a die contradictionis*, appunto perchè mancherebbe il requisito dell'apparenza, altra volta non necessario: di guisa che oggi non si dà mai il caso di atti facoltativi che diano fondamento a prescrizione.

Che le servitù negative possano usucapirsi in trent'anni sol quando costituiscono una maggiore estensione, e ciò meno come acquisto *ex causa nova* che quale interpetrazione del precedente titolo valido; es. la servitù di veduta a cui tenga dietro il divieto *non aedificandi* al di là della distanza legale.

267. In tanta discordanza di opinioni, ultimo, vengo a confondervi anche la mia, dopo di avere avuto il vantaggio di leggere e meditare la larga discussione di sì egregi giuristi, dolente di non potermi associare ad alcuna di esse per intero.

È dunque mia opinione:

---

(1) Roma, 1891.

1. Che, chi acquista in buona fede una servitù negativa o affermativa in forza di un titolo proveniente dal proprietario del fondo serviente, che sia stato debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione, e nelle servitù negative dalla data di questa e della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo.

2. Che mancando alcuni dei requisiti necessarii per la prescrizione di dieci anni, le servitù continue ed apparenti si prescrivono col decorso di trent' anni, a computare dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitare sul fondo servente.

3. Le servitù affermative o negative che non sieno continue ed apparenti non possono stabilirsi che mediante un titolo, provegnente dal proprietario del fondo servente.

Se il costituente la servitù che apparisce come il proprietario del fondo servente, non sia tale, e l' acquirente non abbia tutti i requisiti necessarii per compiere la prescrizione di dieci anni a suo favore, prescrive il diritto alla servitù affermativa fra trent' anni dal giorno in cui cominciò ad esercitare sul fondo serviente, ed alle servitù negative dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo serviente per contrastargli il libero uso del medesimo.

Noi crediamo che il Codice italiano abbia voluto risolvere il quesito, che si pose il Demolombe sotto l' impero del Codice francese, giusta quando si è detto nel numero 256 del presente capitolo.

Non mi rimane che a dimostrarne il legittimo fondamento.

268. L' articolo 629 dispone, che le servitù continue ed apparenti si possono acquistare colla prescrizione di trent' anni, e l'articolo 630 sancisce che le servitù continue non apparenti, e

le servitù discontinue sieno o non sieno apparenti, *non possono statuirsi* che mediante un titolo.

Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle.

Qui cadono a proposito due domande:

Se il possesso, anche, immemorabile, non *basta* a stabilire siffatte servitù, quando si voglia *solo* con esso acquistarle, può stabilirle quando sia accompagnato da un titolo?

Che s'intende per *titolo* negli articoli 629 e 630?

La servitù consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'unità di un fondo appartenente all'altro proprietario (art. 531). Son dunque necessarii due fondi, spettanti a proprietarii diversi, dei quali l'uno deve servire all'altro, perchè possa costituirsi una servitù. Essendo questa un'utilità del fondo dominante, ne diventa un suo accessorio, che si acquista e si trasmette col fondo cui la servitù è inerente. E se si vuol costituire, è necessario il consenso del proprietario del fondo sul quale si deve imporre il peso, manifestato con scrittura pubblica o privata giusta l'articolo 1314, e trascritta per aver efficacia rispetto ai terzi.

Se la servitù non è stabilita mediante un titolo non provegnente dal proprietario del fondo serviente, ma il titolo muove dall'autore immediato o mediato del proprietario del fondo dominante, l'acquirente non ha un titolo, mediante il quale si stabilisce la servitù, ma un titolo nel quale l'alienante afferma di aver diritto ad una servitù sul fondo altrui e di trasmetterla all' acquirente insieme coll'immobile. Tale titolo che non ha alcun valore verso il proprietario del fondo serviente, può servire a regolare i rapporti tra il nuovo ed il vecchio proprietario per la descrizione del fondo, dei suoi accessorii, fra i quali sono le servitù attive e passive, e a determinarne il prezzo, se occorra; è l'*omnis causa* che espressamente o virtualmente s' intende trasmettere all' acquirente e forse garentirne l'esistenza (1).

(1) *Alienatio cum fit, cum sua causa ad alium trasferimus quae essent futura, si apud nos ea res remansisset:* Framm. 67, D., *de contrahend empt.* 18,

Nè si vuol confondere la servitù con gli altri diritti reali, quali sono l'usufrutto, l'enfiteusi, la superficie, i quali son parti della proprietà, che si manifestano colla detenzione materiale dell'immobile e che s'ipotecano, si commerciano e si prescrivono come cosa affatto distinta dalla nuda proprietà, al pari di ogni altro bene immobile; mentre la servitù è accessorio di un fondo dal quale non si può separare, che si esercita sopra un fondo altrui, più affine all'ipoteca, che è un diritto reale sull'immobile altrui, e si costituisce con atto provegnente dal proprietario del fondo ipotecato. Ed il titolo di cessione prova, che il diritto il quale il cedente afferma di avere, se realmente esiste, siasi trasferito nella potestà del cessionario e che questi lo abbia acquistato. Che se il diritto ceduto non esiste, *nihil agitur*, mancando la materia del contratto. Il proprietario del fondo serviente non ha alcuno interesse a sapere, chi sia l'attuale proprietario del fondo cui deve la servitù, se è negativa, perchè consistendo nel non fare, gli è indifferente conoscere chi sia il proprietario del fondo cui profitta il suo non uso; e se è affermativa, non ha altro interesse di saperlo che per non opporsi all'uso che ne intende fare il proprietario del fondo dominante. Onde provvengono le regole proprie della cessione dei diritti verso i terzi, rispetto ai quali non costituisce titolo del peso o del debito, che solamente quello che provviene da lui o dal suo autore. La intimazione della cessione al possessore o al debitore può far conoscere l'avvenuto trasferimento del diritto da una persona in un'altra, per imporgli l'obbligo di riconoscere in avvenire quale investito del diritto il cessionario e non più il cedente; intimazione inutile, se il possessore o il debitore non avessero obbligo alcuno verso il cedente.

Ed è perciò che l'articolo 634 ricorda, che per l'acquisto delle

---

1. *Si fundus serviens, vel is cui servitus debetur, publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua conditione quisque fundus pubblicaretur.* Framm. 23, § 2, D., *de l. P. R.*, 8, 3.

servitù per le quali è necessario il titolo, non si possa supplire alla sua mancanza che per mezzo di un documento, il quale contenga la ricognizione della servitù provegnente dal proprietario del fondo serviente. Le enunciative e le dichiarazioni contenute nel titolo del proprietario del fondo dominante e dei suoi autori recenti ed antichi che fossero, non fanno nè prova nè principio di prova contro il proprietario del fondo servente che non fosse negli atti intervenuto, appunto perchè non derivano da lui, nè dai suoi autori, potendo giovare al proprietario del fondo dominante come semplici indicazioni di accessioni inerenti al fondo, efficaci in quanto effettivamente gli sieno dovute.

Riteniamo adunque, che secondo il Codice italiano e secondo i principii generali del diritto, il titolo richiesto per stabilire una servitù debba essere una scrittura pubblica o privata, trascritta per avere efficacia verso i terzi, che provenga dal proprietario del fondo serviente, e che i titoli di alienazione d'immobili colle servitù inerenti, specificate o non specificate dimostrano l'avvenuta alienazione e non la pertinenza delle servitù che potessero essere accessorie degl' immobili.

269. Se il titolo costituente la servitù proviene dal proprietario del fondo servente, ma costui tale non è riconosciuto o per subita evizione o per altra ragione, quale sarà la condizione giuridica del proprietario del fondo dominante a cui vantaggio si è stabilita la servitù?

È la domanda del Demolombe (n. 256 del presente capo).

Giusta i principii del diritto, la servitù dovrebbe esser dichiarata nullamente costituita, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, non ostante un possesso immemorabile della servitù.

A questo grave inconveniente ha posto rimedio l'articolo 2137, col quale si è stabilito che chi acquista in buona fede un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne

compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni dalla data della prescrizione.

Il quale articolo riceve il suo compimento dall'articolo 631, col quale si dichiara, che il possesso utile per la prescrizione nelle servitù affermative si computa dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitare sul fondo servente; e nelle servitù negative dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante per contrastargli il libero uso del medesimo.

270. A questa interpetrazione oppongono alcuni l'art. 629, come quello il quale stabilisce che le servitù continue ed apparenti si possono acquistare colla prescrizione di trent' anni, e l' articolo 630 il quale statuisce, che le altre specie di servitù non si possono costituire che mediante un titolo, non bastando il possesso anche immemorabile. D' onde deducono, per evitare la contradizione tra gli articoli 629, 630 e 2137 che occorre non ammettere la prescrizione di dieci anni per le servitù, come non è ammessa per le ipoteche, ma solo per tutti gli altri diritti reali, quali sono l' usufrutto, l' uso, l' enfiteusi, la superficie.

Ciò a noi non pare.

Nel Codice italiano, mentre negli articoli 710 e 2105 si dichiara, che la proprietà e gli altri diritti sulle cose si acquistano col mezzo della prescrizione mediante il possesso legittimo durante il tempo stabilito dalla legge, questo tempo non si stabilisce in modo diretto per l' acquisto della proprietà, ma solo in una maniera imperfetta ed indiretta, designando il termine più lungo di trent'anni per la prescrizione estintiva delle azioni reali. Siccome non è possibile la prescrizione estintiva del diritto di proprietà senza che contemporaneamente vi sia prescrizione acquisitiva della medesima, così se n' è dedotto che per acquistare la proprietà per prescrizione sia necessario il possesso di trent' anni.

Il che non può dirsi per lo acquisto delle servitù; perchè la

loro estinzione pel non uso, ossia la prescrizione estintiva dell' azione reale, libera dal peso il fondo servente, producendo un semplice vantaggio al proprietario del medesimo, senza investirlo, della servitù estinta, niuno potendo servire a sè stesso.

Forse perciò si è creduto necessario di stabilire espressamente nell' articolo 629 il termine di trent' anni come condizione necessaria per l' acquisto delle servitù continue ed apparenti. Ma ciò non esclude, che questo termine ha potuto abbreviarsi come si è abbreviato per gl' immobili coll' articolo 2137, quando oltre del possesso legittimo vi concorra un titolo trascritto e la buona fede.

L' articolo 630 stabilisce, che le altre servitù non si possono stabilire che mediante un titolo, e l' articolo 2137 per la loro prescrizione richiede l' esistenza di un titolo; e poichè questo può essere annullabile, lo sana e lo conferma se vi concorra il possesso legittimo. Il possesso legittimo anche immemorabile · *non basta* a stabilir le servitù; *non basta*, si noti la espressione dell' articolo; ma se al medesimo si unisca il titolo, anche annullabile, esso basta a costituir la servitù.

La limitazione dunque dell' espressione *diritto reale* usata nell' articolo 2137 non può essere giustificata da una pretesa contraddizione col contenuto negli articoli 629 e 631, mentre l' articolo è diretto a render complete le disposizioni di questi due altri articoli, provvedendo ad un caso la cui risoluzione non poteva trovar luogo nei medesimi.

Nè sotto l' impero dei Codici precedenti si era dubitato, che l' usufrutto, l' uso, l' enfiteusi, la superficie si potessero acquistare colla prescrizione di trenta e di dieci anni, poichè consistendo in detenzioni materiali dell' immobile vi si applicavano, come vi si applicano le regole della piena proprietà. Il dubbio era nato per l' acquisto delle servitù fondato sugli art. 629 e 630, a togliere il quale si è aggiunto all' art. 2137 la menzione dei diritti reali a lato a quella degl' immobili e, separatamente da essi, per ren-

dere comune ad entrambi il modo di acquisto per prescrizione di dieci anni.

E ciò è conforme alla ragione del diritto. La buona fede del proprietario del fondo dominante, la esistenza di un titolo costituente la servitù, la sua pubblicità mediante la trascrizione, il possesso legittimo durato dieci anni consigliavano ad ammettere la prescrizione delle servitù come della proprietà, della quale sono una frazione, sebbene inseparabile.

271. Occorre illustrare il detto art. 2137 perchè se ne intenda la estensione e non si cada in errore.

L'acquisto può riferirsi all'immobile o al diritto reale sull'immobile. L'articolo nettamente distingue l'una cosa dall'altra, e il fa meglio di quello facesse il Codice di Parma, il quale dice nell'art. 2372: « Chi possiede con giusto titolo e buona fede pel corso di dieci anni, *ne acquista il dominio e qualunque altro diritto* »; locuzione equivoca perchè può significare, che chi possiede un immobile, lo acquisti perfetto con tutte le servitù attive e passive, come si spiega negli art. 2373 e 2375, e può anche intendersi, che chi possiede un qualunque diritto sull'immobile altrui, lo acquisti. Questa duplice significazione è chiarita dal Codice italiano, distinguendo l'acquisto dell'immobile dall'acquisto del diritto reale sull'immobile. L'acquisto dell'immobile trae seco, salvo patto in contrario, anche quello delle sue accessioni, *di tutte le cause*, delle servitù attive e passive. L'acquisto del diritto reale sull'immobile altrui trae seco quello, che il proprietario dell'immobile gravato consente. Onde il titolo traslativo dell'immobile *cum omni causa* non si deve confondere col titolo speciale costituente la servitù, che deve provvenire dal proprietario del fondo servente, che ha il diritto di alienarne un uso. E la prescrizione in ciò è utile in quanto che se questo proprietario è stato ritenuto tale e come tale con lui siasi contrattato, e tale non sia o cessi di esserlo *ex tunc*, pure il titolo non si annulla e l'acquisto si consolida.

Ma se il titolo non consiste che in una cessione dell' immobile *cum omni causa*, anche quando si stipuli espressamente un trasferimento di servitù sul fondo altrui, che già si afferma inerente al fondo, non è titolo abile per la prescrizione della servitù per due ragioni; tra perchè non può trasferirsi il diritto sul fondo altrui, se non da chi ha già a suo vantaggio avuta costituita la servitù, e perchè l' acquirente che ciò deve sapere, è in mala fede, conoscendo che il suo alienante è proprietario del solo fondo dominante, e che il titolo abile a costituire la servitù perchè possa acquistarla, deve derivare dal proprietario vero o supposto del fondo servente. Altrimenti la prescrizione decennale non può aver luogo, per difetto di condizioni.

272. Le servitù negative son continue, ma niuna è apparente. È questa una verità da tutti riconosciuta, che ha prestato la materia all' intero nostro ragionamento, come per esempio la servitù di fabbricare sul proprio fondo, o di non fabbricare che ad una determinata distanza. Il proprietario del fondo dominante può ritenere, che il proprietario del fondo servente non fabbrichi punto o non fabbrichi che ad una determinata distanza in omaggio della servitù che ei reputa esistente a vantaggio del suo fondo, ed invece il proprietario del fondo servente non fabbricando o fabbricando ad una certa distanza crede di usare liberamente del suo fondo. Il possesso dell' uno e dell' altro è certamente equivoco, prestandosi all' una ed all' altra interpetrazione. Onde, nel secondo comma dell' art. 631 è stato stabilito, che il possesso utile per la prescrizione cominci dal giorno della proibizione con atto formale, fatta dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargliene il libero uso. Cessa così il possesso successivo di essere equivoco.

Or come ciò si concilia colla disposizione dell' ultima parte dell' articolo 2137, il quale fa decorrere il termine per la prescrizione di dieci anni dalla data della trascrizione del titolo, se in

essa fosse compresa quella delle servitù negative? Ed è questa un' altra ragione per concludere, che nella espressione *diritto reale* usata dall' art. 2137 non si compredano le servitù.

L' art. 2137 suppone, che il possesso dell' acquirente dell' immobile o del diritto reale sia cominciato prima della trascrizione del titolo o almeno contemporaneamente. Imperocchè, se il titolo fosse stato già trascritto, ma l' acquirente non avesse avuto il possesso dell' immobile o del diritto reale, il corso dei dieci anni non potrebbe cominciare a decorrere che dal giorno del possesso legittimo. L' art. 2137 bisogna intenderlo in relazione dell' art. 2106, cioè che per acquistare mediante la prescrizione di trenta o di dieci anni, è necessario un possesso legittimo durato per detti tempi. Onde, se fossero decorsi dieci anni dalla trascrizione del titolo traslativo della proprietà di un immobile e non si fosse preso possesso del fondo, o pure fosse stato preso posteriormente, la prescrizione o non sarebbe cominciata punto, o sarebbe cominciata dal giorno del preso possesso. E quel che è proprio del corso della prescrizione della proprietà è comune pure a quello delle servitù affermative e negative di qualunque natura: sicchè l' art. 2137 è incompleto rispetto alla data del cominciamento della prescrizione e rispetto alla proprietà e rispetto alle servitù e deve compiersi col contenuto degli art. 631 e 2106.

273. Se le servitù che non sieno continue ed apparenti sono stabilite con titolo provegnente dal proprietario del fondo servente accompagnato dal possesso decennale, ma non possano essere acquistate colla prescrizione di dieci anni, perchè fa difetto al proprietario del fondo dominante o la buona fede o la trascrizione del titolo, può applicarsi la prescrizione di trent' anni.

Se non ostante gli art. 629 e 630 è ammessa la prescrizione di dieci anni per tutte le servitù, non vi è ragione di non applicare quella di trent' anni quando difettano le condizioni dell' articolo 2137, purchè vi sia quella del titolo provegnente dal pro-

prietario del fondo servente ed il possesso di trent'anni cominciato a norma dell'art. 631. Lo abbiam già detto. L'art. 630 richiede per lo stabilimento delle servitù non continue ed apparenti un titolo; e non esclude la prescrizione, dichiarando solo che il possesso *non basta a stabilirle.*

Ma se al possesso si unisce il titolo ancorchè fosse poi annullabile, il vizio è sanato dalla durata della legittimità del possesso, acquistata mediante il titolo: ad un possesso precario, mediante il titolo si è sostituito un possesso *pro suo, animo rem sibi habendi.*

Ma il possesso di trent'anni come quello di dieci deve aver cominciamento giusta l'art. 631; cioè nelle servitù affermative dal giorno nel quale il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitare sul fondo servente, e l'esercizio può esser di servitù continua e discontinua, apparente e non apparente, e nelle servitù negative dal giorno della proibizione con atto formale fatta dal proprietario del fondo dominante al proprietario del fondo servente per contrastargliene il libero uso.

274. Da quanto finora abbiam ragionato, risulta il nostro dissenso su due punti principali nella interpetrazione degli art. 629, 630, 631 e 2137 da quello degli altri giuristi.

Ammettiamo la prescrizione di dieci anni per l'acquisto delle servitù di qualunque natura, purchè il titolo sul quale si fondano, promani dal proprietario del fondo servente, non riguardando come titolo abile a trasferire il diritto di servitù la volontà manifestata in iscrittura dal solo proprietario del fondo dominante senza l'intervento o l'assenso del proprietario del fondo servente. Può verificarsi che il titolo promanante dal proprietario del fondo servente siasi stipulato col proprietario del fondo dominante che fa l'alienazione, nel qual caso è chiaro che l'acquirente può profittare del titolo del suo autore.

Ammettiamo la prescrizione di trent'anni, cominciandone il

corso giusta l'art. 631 per tutte le specie di servitù, purchè per quelle che non sieno continue ed apparenti vi concorra un titolo promanante dal proprietario del fondo servente.

Non abbiamo potuto associarci alla dottrina, che pur crediamo essere la vera secondo il Codice di Parma, avuto riguardo alla differenza dei principii tra questo Codice e l'italiano.

Secondo il Codice di Parma l'*apparenza* di una servitù poteva essere naturale o civile. Era naturale se si manifestava con segni visibili: era civile per le sole servitù negative, consistente nella proibizione fatta dal proprietario del fondo dominante al proprietario del fondo servente per contrastargli il libero uso del fondo. Tale distinzione risulta nettamente dai due art. 541 e 542. Stante ciò tutte le servitù negative, secondo il Codice di Parma, diventavano *apparènti* nel giorno che si fosse fatto l'atto proibitivo, cominciando dallo stesso giorno il possesso legittimo di una servitù continua ed apparente, che senza titolo si può acquistare per prescrizione.

Nel Codice italiano l'apparenza civile è sconosciuta. L'art. 542 del Codice di Parma è stato nell'art. 541 restituito all'antica locuzione del Codice francese, spiegandosi che le opere visibili e permanenti debbono essere fatte dal proprietario del fondo inferiore sul superiore, senza potersi sostituire coll'atto proibitivo.

Alcuni han creduto trovare da quanto l'art. 637 dispone intorno alla prescrizione della servitù attiva negli scoli una somiglianza tra l'atto di proibizione indicato dall'art. 631 e l'atto di opposizione specificato nell'art. 637, ed argomentando da ciò accettano l'opinione, possibile sotto il Codice di Parma; ma dimostreremo, quindi a poco, nell'esame dell'art. 637 il suo vero significato.

275. Innestato dunque l'art. 631 con i due art. 629 e 630 deve avere quel significato che sorge dall'insieme delle tre disposizioni.

Gli art. 629 e 630 dispongono del modo come si stabiliscono le servitù: l' art. 631 determina il cominciamento del possesso utile per la prescrizione. Ed il possesso utile per la prescrizione per le servitù continue ed apparenti non ha bisogno di titolo (articolo 629); per le altre servitù ha bisogno di titolo, non bastando il possesso.

L' atto di proibizione seguìto dall'acquiescenza durata per trent' anni, potrebbe costituire il titolo della prescrizione, purchè il solo possesso fosse sufficiente; ma essendo esso insufficiente, non diventa tale sol perchè è divenuto palese all' interessato con un atto di usciere contenente nè più nè meno che una pretensione.

Le pretensioni espresse negli atti giudiziali seguìte o non seguìte da risposta non hanno formato mai un titolo, niuno potendolo fornire a sè stesso.

Sarebbe una dottrina pericolosa quella dell' antico Diritto e del Codice di Parma, che un atto di usciere intimato dal proprietario di un fondo dominante al proprietario di un fondo servente di una pretensione di servitù equivalga a titolo sufficiente a costituirla nel caso che non fosse stato o con atti o con fatti sconfessato dal proprietario del fondo servente fra trent' anni.

La legge non richiede, che l' atto di proibizione debba succedere all' uso, che il proprietario del fondo servente incominci a fare del suo fondo o che si apparecchi a fare, contrario alle pretensioni del proprietario del fondo dominante. È sufficiente che questi quando vuole, quando il suo interesse il richiede, s' indirizzi al proprietario del fondo servente perchè non usi della naturale libertà del suo fondo, rispettando il preteso esercizio dei suoi diritti. La doppia inazione, del proprietario del fondo dominante e del proprietario del fondo servente, è reputata, esercizio del diritto di servitù da un lato, e peso dall' altro lato, ossia non uso della sua naturale libertà.

L' atto può essere nullamente, o falsamente intimato. Il pro-

prietario del fondo servente o quelli della sua famiglia han potuto dargli poca o niuna importanza. I suoi eredi possono ignorarlo. E dopo trenta anni di reciproca inazione si sarebbe stabilita così una servitù mediante un possesso non manifestato da alcun fatto esterno.

Se ciò può essere dannoso al proprietario del fondo servente, è dannosissimo all' interesse dei terzi che con lui contrattano. Se la servitù è costituita con titolo, ancorchè da un proprietario apparente, i terzi ne sono avvertiti dalla trascrizione. Se è acquistata mediante prescrizione, l' apparenza e la continuità della servitù la fanno loro palese. L' atto di proibizione non intercede che fra i due proprietarii. Esso non deve essere trascritto, perchè non costituisce servitù prediale (art. 1932, n. 2), ma serve a determinare il cominciamento di un possesso legittimo, che prolungato per trenta anni fa acquistar la servitù per prescrizione: niun segno la fa sospettare ai terzi; si può riguardare come una costituzione di diritto personale, non di diritto reale.

Il Codice di Parma non ammettendo la necessità della trascrizione nell' interesse dei terzi, poteva sancire una civile apparenza di servitù ignota ai terzi; ma il Codice italiano, che ha voluto salvaguardare il diritto dei terzi non poteva ammetterla e perciò non l' ha ammessa. E volendola ammettere doveva almeno ordinare la trascrizione dell' atto proibitivo.

276. Fin dall' inizio della presente trattazione sulla *Prescrizione* abbiam notato la differenza tra l' essenza della prescrizione acquisitiva, propriamente detta, e la estintiva derivante dalla natura dei diritti. La proprietà e i diritti sulle cose si acquistano colla prescrizione, le obbligazioni delle cose e delle persone si estinguono per prescrizione. Onde l' art. 666 stabilisce, che la servitù è estinta quando non se ne usi per lo spazio di trent' anni, liberandosi l' immobile dalla medesima.

Abbiamo lungamente trattato della estinzione delle servitù pel

non uso nei n. 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131 e 132 del Capitolo quinto, sezione prima, ed abbiam promesso di esaminare, se il Codice italiano ammetta una prescrizione estintiva delle servitù pel non uso di dieci anni. È tempo di sciogliere la promessa.

Nel numero 256 di questo Capitolo abbiam riportato la dottrina della giurisprudenza e della maggioranza della scuola francese riassunta da Lé Roux de Bretagne, colla quale si ritiene che il Codice non riconosce una prescrizione estintiva di dieci anni, come pedissequa di una prescrizione acquisitiva: ossia che l'acquirente di un immobile, se può acquistarlo colla prescrizione di dieci anni giusta l' art. 2137, non è liberato collo stesso spazio di tempo dalle servitù che possono gravarlo. E questa dottrina è tanto più da tenersi in conto in quanto che il Codice francese riconosce una prescrizione acquisitiva della libertà ipotecaria del fondo come conseguenza della prescrizione decennale del medesimo.

Ma il Codice di Parma decise diversamente. Dopo aver dichiarato nell'art. 2372, che, chi possiede con giusto titolo e buona fede pel corso di dieci anni ne *acquista il dominio e qualunque altro diritto*, aggiunge nell' articolo seguente, 2373 : « Nello stesso periodo di dieci anni il possessore dell' immobile si libera dai carichi che rendevano meno perfetto il dominio ». E ciò in conformità della definizione data dalla prescrizione nell' art. 2232 (1).

277. Il Codice italiano ha omesso il detto art. 2373, ha tolto dall' art. 2372 le parole « *e qualunque altro diritto* », e fa compiere la estinzione della ipoteca per prescrizione pel non uso per trent'anni (art. 2030). Le quali mutazioni congiunte alla differenza essenziale fra le prescrizioni meramente estintive e le acquisitive ci debbono far ritenere che esso non ammette una prescrizione estintiva di dieci anni pel non uso della servitù. Chi acquista per

---

(1) Consulta n. 2.

prescrizione l'immobile lo acquista *cum omni causa*, ossia con le servitù attive e passive che vi sono inerenti, come le aveva il suo alienante, ed il possesso dell'immobile non è incompatibile con i pesi che lo gravano, come non era incompatibile quando l'immobile era posseduto dall'alienante; poichè i pesi non ne offendono la sostanza, ma solo qualche uso.

Il possessore di una servitù non può essere obbligato ad indagare in chi si trasferisca la proprietà del fondo servente, poichè il diritto essendo sul fondo, gli è indifferente il cangiamento del proprietario del medesimo; nè gli si può addossare il peso di andare rovistando i registri della Conservazione per sapere i possibili trasferimenti del fondo soggetto, la cui cognizione non gli arreca nè vantaggio nè danno. La perdita del diritto non può provvenire che dal fatto del proprietario del fondo dominante pel non uso della servitù sul fondo soggetto, nè la sua durata può essere abbreviata dal succedersi dei proprietarii del fondo soggetto, i quali ne restano liberati pel non uso prolungato per trent'anni.

La *usucapio libertatis* del fondo soggetto a servitù urbane riconosciuta dal Diritto romano, con le regole che la governavano, come altrove abbiam detto, è oggi una mera reminiscenza storica, dalla quale non si possono trarre argomentazioni per stabilire una prescrizione, che non sarebbe più la romana *usucapio*, ma una mera prescrizione estintiva di dieci anni, senza altra condizione che quella delle estintive.

278. L'art. 536 riconosce il principio, che il proprietario del fondo inferiore sia soggetto a ricevere le acque, che dai più elevati scolano naturalmente, senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo. Su queste acque e sulle altre che possano colare da un fondo superiore si può acquistare una servitù di scolo a favore del fondo, che li riceve, all'effetto d'impedire la loro diversione, e può acquistarsi anche mediante prescrizione di trent'anni. La quale ha per condizione, che il proprietario del fondo dominante, quello cioè

che riceve gli scoli, faccia sul fondo servente, d' onde discendono gli scoli, opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio , e dal giorno della perfezione di tali opere sien decorsi trent'anni (art. 637). Se poi i lavori visibili e permanenti sieno fatti non nel fondo servente, ma nel fondo dominante, o pure fatti nel fondo servente ma non dal proprietario del fondo dominante, la prescrizione comincia dal giorno, nel quale il proprietario del fondo dominante ha cominciato a goderli, *non ostante* un atto formale di opposizione da parte del proprietario del fondo servente. Senza questo atto formale di opposizione da parte non dell' utente ma del proprietario del fondo servente, si presume che questi non diverta lo scolo delle acque, che usando della naturale libertà di far delle acque l'uso che vuole, senza che l'utente possa cominciare a prescrivere a suo vantaggio la servitù di scolo, perchè le opere o non sono visibili e permanenti nel fondo altrui o non fatte da lui. È questo il significato della seconda parte dell' art. 637, la quale come è concepita par che non richiegga pel cominciamento della prescrizione la esistenza di opere visibili sopra uno dei due fondi e da chiunque fatte. E perciò di essa domandò la soppressione il De Foresta; ma il Cadorna chiarì che anche secondo la seconda parte dell' articolo dovessero esistere *opere visibili e permanenti fatte sia dal proprietario del fondo dominante sia anche da quello del fondo servente* (1).

La legge stabilisce con precisione fin dove si estendano le restrizioni del proprietario del fondo vincolato agli scoli (art. 654, 655 e 656), la cui esposizione non entra nel nostro argomento.

Non è possibile la costituzione di una servitù, mediante prescrizione, degli avanzi di una fontana pubblica anche sotto la forma di una servitù di scolo. Se le opere permanenti e visibili son fatte sul suolo pubblico, il comune può in ogni tempo farle

(1) Verbale n. 27 del 10 maggio 1865.

distruggere; e se son fatte in suolo patrimoniale del comune, questo non può essere vincolato ad usare dell'acqua come meglio crede, perchè l' obbligo di non divertirne il corso costituisce sempre un vincolo sopra oggetto di pubblico uso, per cui è inefficace. Alle quali ragioni si aggiungono le considerazioni fatte nel n. 226.

279. Affine a questa servitù è quella sulla sorgente nel fondo altrui, che si può acquistare anche per prescrizione col possesso di trent' anni, da computarsi dal giorno, in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato nel fondo superiore opere visibili e permanenti destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo e che abbiano servito all'uopo (art. 540, 541). Così è stata risoluta la quistione tanto agitata sotto l' impero del Codice francese, nel quale, art. 642, non si esprime sopra quale fondo dovessero farsi e terminarsi i lavori visibili. Il Codice italiano ha prescritto, che le opere visibili e permanenti fossero fatte e terminate dal proprietario del fondo inferiore sopra il fondo superiore, da non computarsi il possesso dei trent' anni che dal giorno nel quale *fossero anche servite all' uopo*. E si noti, che si è stato più severi di quello che si è stabilito per la servitù degli *scoli*, per l'acquisto della quale bastano le opere permanenti e visibili in qualunque dei due fondi e da chiunque fatte, ed il possesso legittimo di essa, non ostante l' opposizione anche con atto formale del proprietario del fondo servente (1).

280. Non è possibile l' acquisto del diritto di piantare nel confine in contravvenzione delle distanze mediante prescrizione, per-

---

(1) La Corte di cassazione di Napoli con sentenza dei 14 novembre 1888 ritenne che la servitù di presa d'acqua esercitata in un fondo che non sia limitrofo a quello servente cavato nel terreno, si acquista colla prescrizione di trent'anni. L'art. 541 richiede opere visibili e permanenti, le quali possono essere di qualunque natura non già esclusivamente di fabbrica, uniformemente all'art. 619 che parlando di detta servitù accenna a canale od altra opera visibile e permanente. Nè per l'esercizio di tale servitù è necessario che i fondi sieno limitrofi, essendo bastevole che sia l'opera esistente nel suo fondo compiuta da chi si serve dell'acqua.

chè il divieto di piantare a certe distanze dal confine costituisce una servitù negativa reciproca a danno dei fondi confinanti; la quale si può estinguere, ma non acquistare, non essendo per sua natura diritto sul fondo altrui, ma limitazione dei diritti rispettivi di proprietà, dalla legge pareggiata a servitù. Se il proprietario, che ha il diritto di far estirpare l'albero, o gli alberi piantati in contravvenzione lascia trascorrere trent'anni senza domandare la estirpazione, ne perde il diritto per prescrizione estintiva (art. 581), limitatamente però a quella contravvenzione che si è commessa. Ma la servitù rimane per la piantagione di altri alberi o nello stesso luogo di quelli che muoiono o si estirpano, od in luoghi diversi entro il raggio delle distanze; tra perchè la estensione della liberazione deve corrispondere a quella dell'azione, e perchè non si può acquistare per prescrizione una servitù attiva sul fondo del vicino, che non sia continua ed apparente (1).

Il protendere dei rami dell'albero sul fondo altrui costituisce una servitù continua ed apparente, temporanea, come è temporanea la durata dei rami e dell'albero; ma siccome è incerto il giorno in cui ha potuto cominciare il protendimento, così generalmente si ritiene, che non siavi luogo nè a prescrizione estintiva nè ad acquisitiva, essendo in facoltà del proprietario confinante di domandare il taglio dei rami che si protendono nel suo fondo, sempre che lo creda conveniente nel suo interesse, se gli riescono molesti (2).

281. Il proprietario, il cui fondo è circondato da fondi altrui e che non ha uscita sulla via pubblica, nè può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo. Questo passaggio deve stabilirsi in quella parte per cui

---

(1) Consulta il n. 180.

(2) Consulta Monografia dell'autore, *Sulla piantagione degli alberi nel confine.*

il transito sia più breve, e riesca di minor danno al fondo su cui viene concesso. La stessa disposizione può applicarsi a chi avendo un passaggio nei fondi altrui, abbisogni al fine suddetto di ampliarlo pel transito dei veicoli (art. 593). Sarà sempre dovuta una indennità proporzionata al danno cagionato dall'accesso o dal passaggio (art. 594).

L' azione per l' indennità è soggetta a prescrizione, e sussiste il diritto di continuare il passaggio quantunque l' azione per l' indennità non sia più ammissibile (art. 597).

Il diritto a domandare il passaggio necessario, non è soggetto a prescrizione estintiva. È una facoltà, che si esercita quando ne occorre e se ne sente il bisogno.

Si è domandato, se possa acquistarsi per prescrizione, perchè vi si oppone la qualità della servitù che è discontinua. Sarebbe effetto della prescrizione acquisitiva la dispensa da ogni domanda giudiziale da parte di chi vuol godere il passaggio, nel caso che non si contesti la necessità o l' utilità del passaggio a mente dell' art. 593, poichè, disputandosi del se il passaggio sia ordinario o necessario, occorrerebbe assodare in fatto la sua qualità per determinar poi quali regole di diritto debbano esser applicate.

E riconosciuto che si tratti della servitù legale di passaggio necessario, la decorsa prescrizione impedirebbe di far più quistione di modo e di luogo di servitú o d'indennità, il cui diritto sarebbe estinto.

Il titolo della servitù è la legge; l' esercizio del passaggio durato già trent' anni, ne fissa il luogo ed il modo, facendo presumere che sieno stati fissati di comune consenso. Onde la legge francese del 28 agosto 1881 ha aggiunto al suo articolo 685 pari al nostro 597; *l'assiette e le mode de servitude de passage pour cause d'enclave sont determinès par trente ans d'usage continu.*

Ed è questa la giurisprudenza delle Corti di cassazione d'Italia.

E può anche tale servitù acquistarsi per prescrizione di dieci

anni, se per modo di esempio fosse stata stabilita e riconosciuta dal proprietario del fondo servente che poscia sia stato evitto o concessa da una sentenza profferita in contraddizione dell'apparente proprietario.

282. Fra le servitù suole annoverarsi il diritto di patronato sopra i beneficii, che si può acquistare e perdere anche colla prescrizione (1).

Esso si acquista col possesso pacifico durato quaranta anni, purchè vi sia un giusto titolo e buona fede.

Chi senza alcun titolo esercita presentazioni di beneficii ed altri atti di diritto patronato, deve sapere che la Chiesa è libera o che il patronato sopra di lei non è suo ma di altri. Il titolo poi deve essere legittimo, sebbene possa essere puramente *putativo*, chè altrimenti non sarebbe necessario il ricorso alla prescrizione. Così, per modo di esempio, l'erede legittimo del fondatore, il compratore dell'eredità o del fondo coll'annesso patronato, ancorchè sia patrono putativo prescrive col titolo *pro herede, pro empto.* Ma oltre del titolo, è necessaria la buona fede, non solo nel principio, ma anche durante il corso dell'esercizio.

Vi occorrono poi durante i quaranta anni oltre il titolo e la buona fede, atti frequenti di continuo e pacifico possesso colla scienza e pazienza di coloro, ai quali interessa che non corresse la prescrizione.

E siccome si ritiene di non esservi frequenza di atti se ve ne sieno uno o due, così gli atti necessarii per la prescrizione debbono essere almeno tre. *Juris patronatus proprietas acquiritur cum quadraginta annorum spatio tres peractae sint praesentationes*, diceva il nostro S. R. Consiglio nella causa tra gli eredi Lanna (2). E

(1) Il diritto di patronato non deve confondersi col diritto di elezione sopra le cappellanie laicali, sebbene ambedue sieno governati dalle stesse regole.

(2) È riportata la decisione nella *Collectanea* del Carcani, 111-70.

la scienza e la pazienza degl'interessati si riduce a quella dei compatroni nei beneficii e nelle Chiese di diritto patronato, e dei vescovi nelle Chiese di libera collazione, la quale si presume quando vi sieno stati atti di moltiplici presentazioni ed altri atti possessivi.

283. Per escludere un compatrono dal diritto di presentazione non basta la sua negligenza di quaranta anni nell'esercitar la presentazione, permettendo che altri la esercitasse, se non vi sia stata contraddizione al suo diritto, alla quale siasi acquietato, o pure siavi stata da parte sua presentazione, che sia stata esclusa. L'atto di presentazione è facultativo; non si prescrive per omissione e negligenza senza un atto positivo di mutua contraddizione.

I pàtroni che vengono per proprio diritto nel patronato familiare e gentilizio, non possono aver danno dalla pazienza e dal fatto dei loro predecessori: tante debbono essere le legittime prescrizioni con tutti i loro requisiti quante saranno le persone chiamate di famiglia e di gente (1).

Nè può cominciare la prescrizione contro il patrono minore, o destituito di mente per la negligenza del suo tutore o curatore.

284. Oltre la prescrizione di quaranta anni per acquistare o per perdere un diritto di patronato, è riconosciuta la immemorabile o centenaria, nella quale il titolo consiste nella *vetustas*. Non si richiede che l'unica prova dell'antichità del possesso, consistente in più atti di presentazione, ed in altri atti che si potessero riferire all'esercizio del patronato bastando per altro tre presentazioni. Ma se si esibisse il titolo e si dimostrasse che fosse vizioso, il tempo immemorabile o centenario perderebbe ogni valore, od avrebbe quello stesso valore che potrebbe avere nella prescrizione

(1) De Luca, *de jure patron. disc.*, 35; Rota, decis., 220, 26, part. II, *rec. Peregr. de fideicomm.*, art. 41, n. 16 e 17.

di quaranta anni, se fosse cioè titolo putativo, e vi fosse buona fede, e possesso legittimo.

Un real ordine del 20 settembre 1853 prescrisse: « Che lo stato dei beneficii, introdotto dopo la fondazione, se contrario alla medesima, è abusivo, nè può pregiudicare alla volontà del fondatore, nè tampoco il possesso di 1000 anni può operare alcun effetto, chè in questo regno mai si è tenuto conto di antico possesso nè di prescrizione, quando è riconosciuto contrario alla legge di fondazione ». E la Prammatica del 26 giugno 1777 proclamò: *nihil operatur* per quel *jus praesentandi* esercitato *in spretum fundationis*.

Vi è una disposizione speciale per le Comunità, Università e per persone potenti, come i Baroni che aveano giurisdizione temporale nel luogo, per le quali è presunta la usurpazione. Onde si richiede una più esatta e più piena dimostrazione del titolo. La stessa prescrizione immemorabile per essi non ha valore, se oltre le continuate presentazioni necessarie (almeno tre) non si provi con autentiche scritture che abbiano avuto il loro effetto per lo spazio non meno di cinquanta anni (1).

285. Essendo il patronato un diritto temporale, onorifico, oneroso, utile, che compete sopra le Chiese ed i beneficii, può nascere il dubbio, se coteste regole che governano le prescrizioni secondo il Diritto canonico, fossero tuttavia da osservarsi dopo la pubblicazione del Codice civile. E noi crediamo di sì. Imperocchè essendo stata sino al 1° gennaio 1866 la materia regolata dal Diritto canonico, gli stessi regolamenti debbono proseguire ad aver vigore, finchè non sieno espressamente mutati. Essa è una materia speciale, della quale leggi speciali si sono finoggi occupate per sciogliere e disporre la divisione dei beni di determinati beneficii di diritto patronato. Il che importa che tutti gli altri diritti di patronato

(1) Tridentinum, cap. IX; Rota, dec. 25, coram cit. Coccino, n. 2.

sopra i beneficii conservati sieno stati rispettati nella loro natura e nelle regole che li governano (1).

286. Il diritto di patronato essendo un diritto onorifico, può manifestarsi con banchi in Chiesa, immobilizzati a guisa degli stalli di un canonico e con coretti prospicienti nella Chiesa o con altri segni esteriori. E, secondo le leggi canoniche, possono il Vescovo ed il Rettore della Chiesa concedere simili onori anche a benemeriti che non fossero patroni.

Non essendovi stata mutazione del diritto pubblico ecclesiastico intorno a ciò, esso deve continuarsi ad osservare in conformità delle discipline vigenti nelle diverse parti d'Italia.

Per quanto si riferisce al nostro soggetto è da esaminare, se il diritto di tenere banco in Chiesa immobilizzato o coretti, od altre opere somiglianti possa acquistarsi per prescrizione.

Il Diana (2) così ragiona: Niuno può aver diritto sulle Chiese, essendo fuori dominio degli uomini, e soggiacendo solo alla cura ed al governo degli ecclesiastici, che ne hanno la libera amministrazione. La prescrizione del solo uso anche da tempo immemorabile non è sufficiente, perchè non si può acquistar servitù sopra un luogo sacro; esso è effetto di tolleranza del Capo della Chiesa che può essere sempre rivocato: per cui non è possibile la prescrizione per l' incapacità della cosa sulla quale dovrebbe esercitarsi. La quale opinione è accolta anche dal Cardinal de Luca (3).

La Corte Suprema di Napoli in una sentenza del 29 febbr. 1829 ritenne, che i coretti in una Chiesa costituiti per consuetudine o con-

---

(1) I due decreti del 20 luglio 1818 e 16 settembre 1831, che ristabilirono i diritti di patronato e di elezione espressamente rimandano alle regole del Diritto canonico, e questi decreti sono tuttavia in vigore.

(2) *Resolutiones morales*, pars X, trac. 16, res. 44 (tom. IV, 152, 155, Venetiis, 1652).

(3) *De preeminentiis*, lib. 3, part. 2, dec. 26; Ugolino, *De potest. Episc.*, cap. 17, n. 7; Malderus, *de Inst.*, lib. 2, tract. 1, disc. 1, dub. 5, n. 42 ed altri.

cessione non possono considerarsi come servitù, ma come privilegi, sicchè demolita una Chiesa non si può pretendere la loro ripristinazione o la servitù *luminis*.

La prescrizione secondo i principii del Diritto canonico non è possibile senza il titolo e la buona fede, e titolo per tenere banchi, coretti e simili opere è la concessione dell' autorità legittima, la quale si presume quando vi sia la *vetustas*, la consuetudine, il tempo immemorabile.

Da ciò non dissente il Diritto civile, il quale riconoscendo che le Chiese sieno fuori commercio non può ammettere servitù sulle medesime, ma solamente concessioni di usi non contraddicenti alla destinazione delle Chiese, i quali non possono essere impunemente tolti quando non sopravvenga un fatto che fa nascere la incompatibilità colla destinazione della Chiesa (1).

Ciò non è da confondersi colla quistione che può nascere fra i diversi pretendenti al banco od al coretto, tosto che non si disputi della loro legittima esistenza.

Nelle loro reciproche relazioni il banco od il coretto deve essere considerato come un diritto reale che va soggetto alla prescrizione secondo le regole del Codice civile.

---

(1) Consulta sulla dottrina dei banchi in Chiesa: Gabosso, *Del diritto di tenere banchi in Chiesa* e Peverelli, *Banchi in Chiesa*, dissertazione inserita nel Digesto italiano.

CAPO DECIMO

DEL CONFLITTO DELLE LEGGI.

SOMMARIO

287. È necessario scrivere una pagina di Diritto internazionale e di Diritto transitorio relativa alla legge secondo la quale deve risolversi la quistione della prescrizione quando nasce conflitto tra la legge nazionale e la straniera, o pure tra le leggi che governavano gli Stati del regno ed il Codice civile.

288. L'articolo 7 stabilisce, che i beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati, principio ammesso generalmente.

Deriva da ciò, che la prescrizione acquisitiva-estintiva degli immobili, quella acquisitiva dei diritti reali sugl'immobili, e quella estintiva dei diritti reali su detti immobili è regolata dal Codice civile.

Anche l'ipoteca è un diritto reale sugl'immobili. Il Codice però non riconosce una prescrizione acquisitiva di essa, ma la sola estintiva la quale è riguardata indipendentemente dal credito, quando l'immobile è presso il terzo possessore. L'azione dunque ipotecaria si estingue a mente dell'articolo 2030.

289. Lo stesso articolo 7 statuisce, che i beni mobili sono

soggetti alla legge della nazione del proprietario, ***salve le contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano.***

I beni mobili sono tali per loro natura o per determinazione della legge.

I beni mobili per loro natura ed i titoli al portatore, esclusa l'università di mobili, sono regolati dalla disposizione speciale dell'articolo 707, la quale contiene un modo derivativo di acquisto che non si vuole confondere coll'istituto della prescrizione (1). Non può essere dubbio che se l'acquisto avviene nel regno, debbasi applicare detto articolo e se fosse ammesso essere altrove avvenuto il possesso, rimane il possessore di buona fede nel regno tutelato dall'articolo 707.

L'azione di riavere la cosa rubata o smarrita contro il possessore di buona fede è soggetta alla prescrizione estintiva dell'articolo 2146, che deve essere applicato nel regno se ivi il mobile si trova; perchè tale disposizione è d'interesse pubblico, servendo a conciliare la facilità e la stabilità degli acquisti dei beni mobili corporali in buona fede col rispetto del diritto altrui offeso senza colpa di lui.

L'azione revindicatoria di detti beni contro il possessore di mala fede, fuori i termini dell'articolo 707, è soggetta alla prescrizione estintiva-acquisitiva, e va regolata dalla legge della nazione del revindicante. Ciò è controverso. Così pensa il Pothier (2) ma Le Roux de Bretagne (3) osserva, che sia appunto in quistione chi sia il proprietario, se il revindicante o pure il possessore mediante la prescrizione. Egli riporta l'opinione di Poullain du Parc (4) il quale si pronunzia pel luogo dov'erano i mobili nel momento

---

(1) Consulta il n. 186.
(2) Pothier, *De la prescription*, n. 251.
(3) N. 14.
(4) Principe, *Du Droit français*, tom. 8, p. 358.

nel quale colui contro il quale s' istituisce l' azione di revindica se ne sia impossessato, non dovendosi aver ragione nè del domicilio del legittimo proprietario, nè dell' usurpatore.

Ed a suo avviso, la legge da applicarsi è quella del luogo del possesso di colui che oppone la prescrizione. Così lo straniero che avrà perduto o cui sarà stato rubato un mobile nel suo paese non avrebbe che tre anni per revindicarlo in Francia contro colui nelle cui mani si troverebbe. Questi non si potrebbe sottrarre all' applicazione dell' articolo 2279 (2146) invocando la legge del suo domicilio (nazione) invece del luogo dove il mobile si è smarrito o è stato rubato.

Sono anche del suo avviso Merlin, Valette e Demolombe.

Ma l' esempio recato da Le Roux de Bretagne non si riferisce all' ipotesi che discutiamo, di un possessore cioè di mala fede. Un tale ha rubato in Francia un quadro di pittore rinomato che ha venduto in Italia a chi conosceva tal vizio, il che lo costituisce in mala fede. Il limite di tre anni per la prescrizione estintiva dell'articolo 2279 (2146) è contro il solo possessore di buona fede, almeno in Italia; contro i possessori di mala fede si applica secondo la legge italiana, la prescrizione di trent'anni, acquisitiva-estintiva, se l'azione è di revindicazione.

In tal caso la prescrizione dell' azione di revindicazione deve esser giudicata secondo la legge francese o la legge italiana posto che l'una fosse in ipotesi difforme dall'altra? (il che non crediamo).

A noi pare doversi applicare in Italia la legge italiana per l'articolo 7 del Codice italiano.

La prescrizione secondo la legge italiana è modo di acquisto originario, non derivativo e si contende appunto se sia tuttavia proprietario colui che revindica il cui diritto si dice estinto o pure quegli che è proprietario mediante la prescrizione. Ancorchè il possesso del mobile non sia stato sempre tenuto nel regno ma lo sia nel momento dell' azione, si applica lo stesso principio, essendo il possesso legittimo un fatto dovunque esso accade.

290. Intorno alla prescrizione estintiva delle azioni personali, regna una grande varietà di opinioni.

L' articolo 9 stabilisce, che la sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo, in cui gli atti furono fatti, e se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà. Compagno necessario dell' obbligazione è il diritto di agire per l' adempimento della medesima, il quale deve durare tanto tempo quanto dura l' azione. Ed essendo questo il principale effetto dell' obbligazione deve esser regolato dalla legge che governa il diritto dell' obbligazione (art. 1218 e seguenti).

Le Roux de Bretagne, seguendo l' opinione di molti scrittori, confuta tale opinione, perchè il debitore non combatte, anzi riconosce l' obbligazione buona e valevole nel suo principio e nella sua essenza. Sostenendo che il creditore non avendo agito nel tempo fissato dalla legge, senza offendere l' obbligazione, oppone un fine di non ricevere all' azione che tende ad ottenere la sua esecuzione. Si osserva in contrario, che se il diritto di agire, nasce quale effetto necessario dell' obbligazione, e l' effetto deve esser regolato dalla legge che governa l' obbligazione, non può essere scisso e regolato in parte da una legge ed in parte dall' altra. La durata dell' effetto è immedesimata col diritto di agire il quale è effetto dell' obbligazione: è parte sostanziale del medesimo: è una modalità, una qualità, che si determina nello stesso tempo e secondo la stessa legge che governa l' obbligazione. La prescrizione opera *ipso jure*, purchè il debitore voglia che così operasse, ed essa estingue non la sola azione ma il diritto del quale è un mero esercizio. D' altronde la sede dell' obbligazione tende a fissare nel tempo medesimo, nel quale si contrae l' obbligazione, la legge secondo la quale si regola non solo la durata del tempo, ma il tempo utile ossia le cause impedienti, sospensive ed interruttive del tempo utile

per la prescrizione senza che subisse per l' avvenire alcuna variazione per variar di luogo.

È da farsi però un' eccezione. Se la *lex contractus* non ammette la prescrizione per qualunque decorrimento di tempo, o pure per una durata più lunga di quella stabilita dalla legge italiana, deve applicarsi la legge italiana, perchè la prescrizione essendo una istituzione di Diritto civile attinente al Diritto pubblico del regno, cui non si può preventivamente rinunziare, nè allungarne la durata, deve considerarsi come legge proibitiva. Ciò deriva dagli articoli 7 e 12 insieme combinati. Nel caso però che debba osservarsi la legge italiana, le regole della prescrizione non possono essere scisse, ma debbono applicarsi nella loro integrità con tutte le cause impedienti, sospensive ed interruttive.

291. Opinano alcuni, che si debba seguire la legge del domicilio del creditore, e secondo la legge italiana, della nazione del creditore, anche quando l' obbligazione non debba essere regolata da detta legge. Il che non solo è contraddetto dall' articolo nono, ma dalla considerazione che, nel contrarre, nè il creditore nè il debitore han pensato a sottomettersi per la sola prescrizione alla legge della propria nazione.

Altri ammettono il principio, che la legge da seguirsi sia quella del domicilio del debitore. La prescrizione è stata introdotta nel favore del medesimo ed è nella legge che protegge la sua persona, che se ne deve attingere il regolamento. Questa opinione la quale è conforme a quella di Le Roux de Bretagne, ad eccezione di qualche diversità nel ragionamento, ha molti inconvenienti. Può il debitore mutar domicilio prima o dopo che sia decorsa la prescrizione. Il cangiamento di domicilio non ha niente d' illecito; per mezzo di esso si può estendere, si può abbreviare la durata della prescrizione: dipenderebbe dal debitore la sorte della prescrizione secondo le sue convenienze.

Quale sarebbe la legge che regolerebbe allora la prescrizione, quella dell'ultimo domicilio o quella dei domicilii precedenti?

Quale legge regolerebbe le cause impedienti, sospensive ed interruttive, che possono essere diverse secondo i diversi luoghi nei quali il debitore ha trasportato il suo domicilio? Coloro che professano questa opinione sono discordi fra loro.

E da questa opinione è breve il passo all'altra, che sia da seguirsi la *lex fori*, la quale per lo più è la stessa di quella del domicilio. Tale opinione, ammessa dalla giurisprudenza inglese e dell'America settentrionale, non può essere accettata, perchè il giudice riconosce il diritto, e non lo crea, applicando la legge che secondo i casi deve essere la nazionale o la straniera, se non che a conforto di detta opinione si aggiunge, che la prescrizione appartiene *ad ordinem judicii*. Hubner per sostenere il *beneficium fori* dice: *Ratio haec est quod praescriptio et executio non pertinet ad valorem contractus sed ad tempus et modum actionis instituendae, quae per se quasi contractum separatumque negotium constituit* (1).

A ciò si è già risposto che il diritto di agire e la sua estensione nel tempo e nello spazio essendo un effetto del contratto non costituisce un negozio separato dal medesimo. D'altronde questa opinione ha anche l'inconveniente di mettere a libito del creditore o del debitore la scelta della legge sulla prescrizione, potendo la scelta del foro essere determinata dal domicilio del debitore, dal luogo dove fu contratta l'obbligazione o pure dove deve essere eseguita.

Tali due opinioni sono non pertanto avvalorate da una ragione importante cioè che essendo la prescrizione un istituto di Diritto pubblico, deve essere applicata in Italia secondo che la regoli la legge italiana. La quale ragione essendo da ammettersi, nel manifestare e propugnare l'opinione secondo la quale la prescrizione debbe essere regolata dalla *lex contractus* secondo l'articolo 9, vi abbiamo aggiunto il limite purchè questa ammetta la prescrizione

---

(1) *De conflictu legum.*

e sia nella durata non maggiore di quella che dispone la legge italiana. La legge della prescrizione delle azioni è legge proibitiva, perchè si acquista *ipso jure* in un termine perentorio ed è proibito ogni patto col quale vi si rinunzi o pure se ne prolunghi la durata (art. 12, 2107).

Altri da ultimo credono doversi applicare la legge dove deve eseguirsi la obbligazione. Per effetto di questa obbligazione il cangiamento di domicilio resterà senza alcuna influenza sulla sorte della prescrizione, ma quando non vi è luogo specialmente indicato, dovendo il pagamento essere regolato da quello del domicilio, la legge del domicilio deve essere seguita

Questa opinione è svolta largamente da Ballenois, ed è accettata da Everard, Cristin, Burgendus, Mantica, Fabro, Massè, Pardessus. Ciò si è applicato principalmente alle lettere di cambio le quali son regolate dalla legge del luogo dove debbono essere pagate.

Ma questa opinione ha lo stesso inconveniente della *lex fori* colla quale non di rado si confonde, essendo anche il *forum* quasi sempre identico a quello del *domicilium.*

292. Fra tutte le opinioni pare, che nel regno d'Italia, che che si dica altrove, possa ammettersi il principio che il diritto di agire sia nella sua durata governata dalla legge che regola la sostanza e gli effetti della obbligazione a mente dell'articolo nono del Codice civile, purchè la medesima non deroghi alla legge proibitiva del regno intorno alla prescrizione.

È dessa d'interesse generale ed è proibitiva in quanto ogni azione è soggetta alla prescrizione; non si può rinunziare alla medesima, vietato ogni patto in contrario; vietato ogni prolungamento della sua durata.

Nel quale caso, dovendosi applicare il Codice civile nella sua integrità per ciò che dispone intorno al tempo utile per la prescrizione, non si deve tener ragione della varietà dei domicilii del

debitore per riconoscere le cause impedienti sospensive ed interruttive ivi vigenti (1).

293. L'art. 47 dice così:

Le prescrizioni cominciate prima dell'attuazione del nuovo Codice sono regolate dalle leggi anteriori.

Nondimeno le prescrizioni cominciate prima della detta attuazione, e per le quali, per le leggi anteriori, si richiederebbe ancora un tempo maggiore di quello fissato dal nuovo Codice, si compiono col decorso di tempo fissato in esso, computabile dall'attuazione del medesimo.

È uniforme all'art. 2281 del Codice francese con una sola differenza. Secondo il detto Codice le prescrizioni incominciate, per le quali si richiedessero più di trent'anni, si compiono col decorso di trent'anni: secondo il Codice italiano, se si richiedesse un tempo maggiore di quello che il Codice stabilisce, si compiono col decorso del tempo in esso prescritto, ma computabile dal giorno della sua attuazione. Però il principio informante l'uno e l'altro articolo è identico.

Che che si possa dire scientificamente dell'esattezza del detto principio, su che si disputa fra i giuristi, esso fu accettato per rendere più agevole il passaggio dal vecchio al nuovo sistema e per non mutare una disposizione, vigente in molte parti d'Italia sulla quale si era già formata una giurisprudenza.

Il cominciamento della prescrizione decide dell'applicazione dell'antica o della nuova legge. E cominciata deve dirsi la prescrizione, quando secondo i principii non della nuova, ma dell'antica legge, essa deve essere computata.

Così dove la minor età, l'interdizione, il servizio attivo in

(1) Fiore, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, interpetrazione ed applicazione delle leggi*, vol. 1, n. 145; Le Roux de Bretagne, n. 17; Pugliese, vol. 2, n. 371.

tempo di guerra, la condizione sospensiva o il termine rispetto ai terzi non impediva il cominciamento della prescrizione, sicchè il suo corso era già principiato, essa continua pacificamente a decorrere sotto l'impero della nuova legge, sebbene questa ne variasse le condizioni; meno nella durata, la quale si deve compiere secondo la legge vecchia nel solo caso che sia minore di quella, che sarebbe necessaria per la legge nuova, a computare però dalla pubblicazione del Codice.

Così per esempio: A 1° gennaio 1865 è cominciata la prescrizione dell'azione di nullità del contratto stipulato in età minore, perchè a 1° gennaio il minore è divenuto maggiore; la durata della prescrizione è di dieci anni. Essendo stata dal Codice italiano ridotta a cinque, dal 1° gennaio 1866, epoca dell'attuazione del Codice l'azione si prescrive in cinque anni a computare da esso.

Il nuovo Codice non può avere alcuno effetto sulle prescrizioni già compiute. E poichè poteva spargere qualche dubbio la disposizione dell'art. 630, che il possesso benchè immemorabile non bastasse a stabilire le prescrizioni delle servitù, che non fossero continue ed apparenti, l'art. 21 della legge transitoria sancisce: « Che le servitù continue e non apparenti e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, le quali al giorno dell'attuazione del nuovo Codice sono state acquistate col possesso secondo le leggi anteriori, sono conservate ».

Per la legislazione napolitana anteriore al 1809 le servitù continue non apparenti si potevano acquistare colla più lunga prescrizione, giusta il disposto nel Diritto romano nella legge 12, ult., Cod. *de praescript. longi temp.* Ed il cominciamento del possesso per l'usucapione, trattandosi di una servitù *altius non tollendi* aveva luogo nel giorno in cui il vicino, *auctoritate Praetoris*, impediva all'altro di alzare la sua casa oltre una determinata altezza. Ciò è confortato dall'autorità del Guarano, lib. 2, tit. V, e del

Maffei, lib. 3, cap. V. n. XI e XIII, e di parecchi patrii scrittori. Oltre i quali vi è l'autorità del Voet, lib. 8, tit. IV, n. 5, fondata sulla legge 6, D. *de serv praed. rust.* (1).

Ma siffatte servitù cominciate e non ancora compiute secondo la legge anteriore, non possono più proseguire il loro corso rimanendo inutile per la prescrizione il tempo utilmente decorso sotto la precedente legislazione.

Ed è questo un principio, non speciale per le sole servitù dichiarate non potersi acquistare col solo possesso anche immemorabile, ma per tutte le materie, che la nuova legge dichiara non soggette a prescrizione.

Il cominciamento di una prescrizione non costituisce un diritto acquisito e perfetto: è il principio della perdita o dell'acquisto di un diritto, e perciò la nuova legge, disponendo per interesse generale, che non vi possa essere prescrizione, deve produrre l'effetto d'impedire la perdita o l'acquisto di un diritto, che si era cominciato ad acquistare od a perdere, ma non si era nè perduto nè acquistato.

CONCLUSIONE

Nello stato attuale della nostra legislazione, non è del tutto agevole di riconoscere chi sia il vero proprietario di un immobile e i diritti reali sopra il medesimo senza pericolo di errore. La prescrizione dovrebbe essere il presidio più certo per i terzi ed anche di grande utilità per coloro che a documento della proprietà non hanno che il pacifico possesso: ma così non è. Imperocchè le interruzioni del corso di una prescrizione sono occulte e spesso durano anni. Una lite che pende da più di un secolo è cosa rara, ma pur accade sotto una legislazione, la quale permette la interruzione della lite con un atto di procedura ogni tre anni senza limite di

(1) Corte di cassaz. di Napoli, 15 luglio 1876.

tempo anzi ne sancisce la perpetuità se le parti così vogliono. E la pendenza della lite rende impossibile il cominciamento della prescrizione.

Render pubblica la interruzione civile è un grande vantaggio che si farebbe ai terzi ed a quegli stessi proprietarii i quali non possono dimostrare di esser proprietarii che col legittimo possesso.

Dovrebbesi dunque sancire un articolo così concepito:

L' interruzione civile della prescrizione non ha alcuno effetto rispetto ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull' immobile che dal dì della trascrizione dell' atto interruttivo.

INDICE

NOZIONI PRELIMINARI

CAPO PRIMO

IL TEMPO.

CAPO SECONDO

DEL COMINCIAMENTO DELLA PRESCRIZIONE.

CAPO TERZO

DELLE CAUSE CHE IMPEDISCONO, O SOSPENDONO LA PRESCRIZIONE.

CAPO QUARTO

DELLE CAUSE, PER CUI S' INTERROMPE LA PRESCRIZIONE.

CAPO QUINTO

DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA.

SEZIONE PRIMA

DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA DI TRENT' ANNI.

(*) Il doppio numero serve a mettere d'accordo quello del testo con quello del sommario, essendovi nel testo incorso un errore.

SEZIONE SECONDA

DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA DI DURATA INFERIORE A TRENT'ANNI E DI QUELLA DETTA IMPROPRIA O PRESUNTIVA.

CAPO SESTO

DELLE DECADENZE DI DIRITTO.

CAPO SETTIMO

DELLA PRESCRIZIONE ACQUISITIVA DI TRENT' ANNI.

CAPO OTTAVO

DELLA PRESCRIZIONE ACQUISITIVA DI DIECI ANNI.

CAPO NONO

DELLA PRESCRIZIONE ACQUISITIVA DELLE SERVITÙ.

CAPO DECIMO

DEL CONFLITTO DELLE LEGGI.

FINE